

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
RÉGIME DU WAKF
EN ÉGYPTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE

Présentée et soutenue le 18 Mai 1926, à 3 heures 1/2

PAR

A. COTTA

Président : M. ROLLAND, professeur;

Assesseurs : { MM. PERREAU, »
WAHL, »

SOCIÉTÉ ANONYME

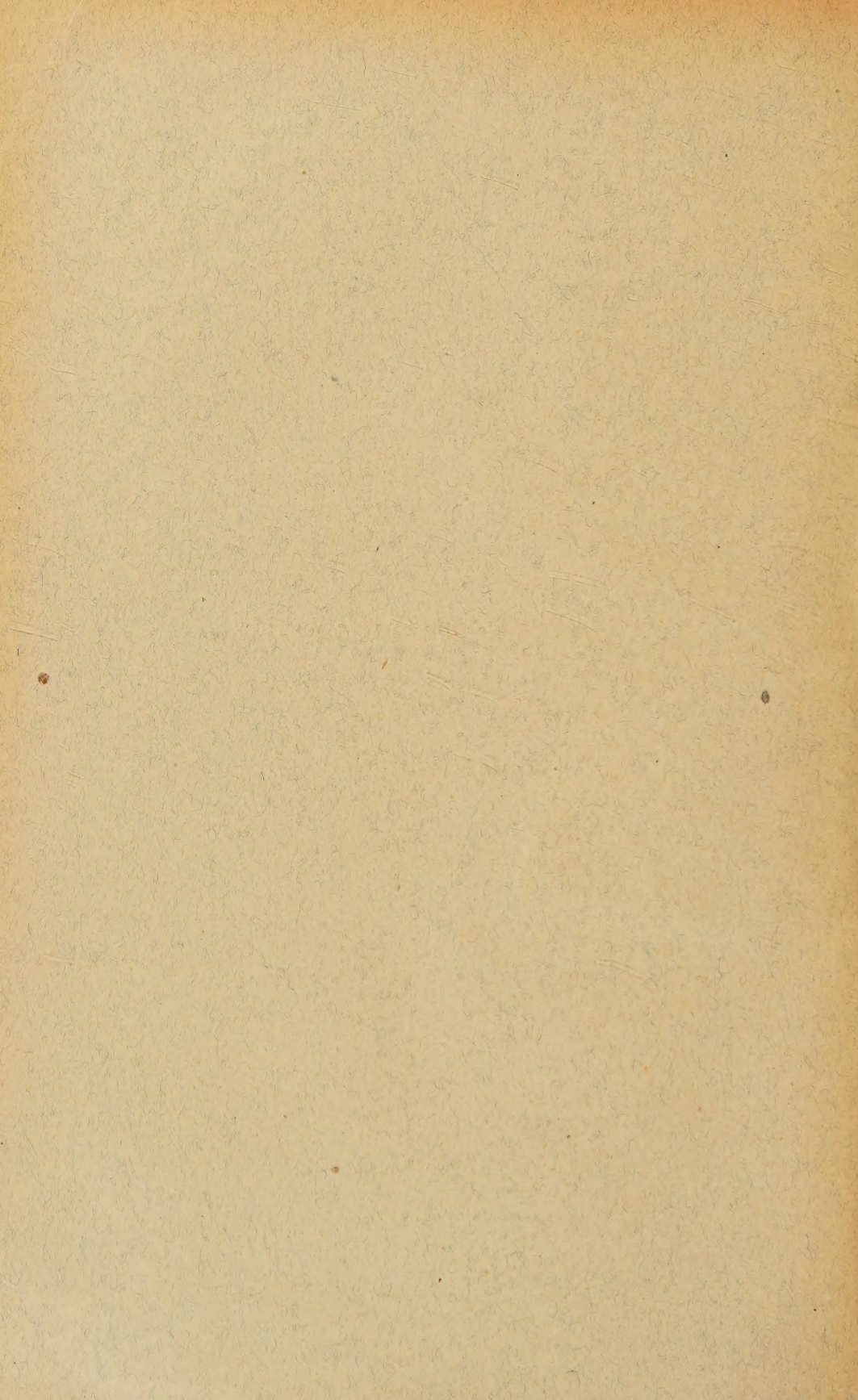
DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie

—
1926



**LE RÉGIME DU WAKF
EN ÉGYPTÉ**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
RÉGIME DU WAKF
EN ÉGYPTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE

Présentée et soutenue le 18 Mai 1926, à 3 heures 1/2

PAR

A. COTTA

Président : M. ROLLAND, professeur.

*Assesseurs : { MM. PERREAU, »
WAHL, »*

SOCIÉTÉ ANONYME

DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

LÉON TENIN, Directeur de la Librairie

1926

UNIVERSITE DE PARIS - FACULTE DE DROIT

18

RÉGIME DU WAKF EN ÉGYPTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

EN DROIT



A. COTTA

DE BOLLAND, DROGISTEN

DE BOLLAND

WANT

WISSELS AANVAARD

DE

RECHTEL SIKREY

DE DE BOLLAND, DROGISTEN

DE BOLLAND, DROGISTEN DE BOLLAND

1850

LE RÉGIME DU WAKF EN ÉGYPTÉ

PRÉFACE

En nous consacrant à l'étude de cette intéressante matière, nous n'avons pas la prétention de renverser les vieilles théories ou d'en émettre de nouvelles ; nous nous en voudrions plutôt d'entreprendre pareille tâche qui serait vouée à un échec certain, car l'institution, à part quelques modifications de détail est restée telle qu'elle fut au début de l'Islam. Notre travail ne sera donc qu'une œuvre de condensation et de mise au point. Nous commenterons les théories d'éminents juristes, reprenant au besoin leur œuvre là où ils l'ont arrêtée.

Notre tâche sera facilitée par l'abondant travail de maîtres illustres tel que MM. Clavel, Morand Worms, Mercier, Gatteschi, Sauteyra et Cherbonneau versés dans l'étude du droit musulman et dont l'opinion fait autorité en la matière. Nous nous inspirerons principalement de l'ouvrage de M. Eugène Clavel

(Le wakf ou Habous) qui constitue à notre avis, le monument le plus complet édifié au sujet du wakf et dans lequel le rite hanafite, rite le plus répandu dans l'Islam et le seul appliqué en Egypte, est l'objet d'une étude spéciale et approfondie.

Afin d'éviter les erreurs et les imperfections contenues dans la plupart des ouvrages européens traitant du wakf, erreurs commises à la suite de traductions défectueuses exprimant mal la pensée de l'auteur ou de fausses interprétations des textes arabes, nous nous sommes assignés la lourde tâche de puiser les théories que nous exposerons au sein même de l'Islam, dans les livres d'auteurs autorisés tel que Bourban-el-din-el Taraboulsy, Ibn-Abdin, Kadry Pacha, Aziz Bey Khanky et l'éminent Cheik Zeid, professeur à la faculté du Caire, dont l'opinion fait actuellement foi.

Ajoutons qu'à notre tour en face de ce fouillis inextricable, de ce flot de phrases et d'épithètes, nous n'avons, plus d'une fois, pu saisir le véritable esprit de l'auteur et c'est avec grand profit que nous avons consulté les traductions parfois si décriées de MM. Addo et Galiounghy et Abdul Aziz Khalil Bey.

Nous nous estimerons enfin très heureux et amplement récompensés de nos peines, si à la suite de ce travail long et patient, nous arrivons à éclairer, tant soit peu, le lecteur sur une matière aussi importante au point de vue économique qu'au point de vue

juridique, matière où la main unificatrice du législateur ne s'est pas encore fait sentir, matière où les controverses, les opinions et les théories les plus contradictoires se donnent libre cours, non seulement entre les divers rites mais aussi entre les docteurs et les disciples d'un même Imam, où les décisions non seulement des divers tribunaux mais aussi d'un même tribunal sont les plus opposées et où enfin, la jurisprudence après quatorze siècles est encore aussi hésitante qu'aux premières années de l'Hégire.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Avant de nous engager dans l'étude même du sujet, nous donnerons une idée sommaire de l'institution, de son développement et des modifications qui lui ont été apportées au cours du temps.

a) L'institution date des premières années de l'Hégire, elle prit naissance au sein même de l'Islam et c'est à Mahomet que revient l'honneur de sa création c'est du moins ce que nous rapporte le Hadis ou recueil des traditions.

b) Son succès ne date que des disciples de Mahomet qui ne se trouvant pas en face d'une réglementation stricte, en élargirent le cadre pour le plus grand profit des masses qui accueillirent avec la faveur la plus marquée cette extension de l'institution.

Les Imams et les jurisconsultes ne se trouvant pas toujours d'accord, réglementèrent le wakf à leur façon, chacun selon sa conception naturelle des choses et en n'ayant en vue que les nécessités du moment, de sorte qu'on se trouve parfois en face des solutions les

plus contradictoires. Si l'on ajoute à l'enseignement de la doctrine, les décisions de la jurisprudence, on se trouve alors dans le chaos le plus complet. Aussi au lieu de nous attacher à commenter les innombrables opinions et décisions émises en la matière, ce qui serait long et dépasserait la tâche que nous nous sommes assignée, nous bornerons nous à rechercher les véritables principes qui ont été consacrés par les usages et la coutume ; cela ne nous empêchera pas, d'ailleurs, de citer de temps à autre les opinions des docteurs autorisés afin de donner plus de crédit aux solutions que nous adopterons.

Nous nous attacherons surtout à l'étude du wakf hanafite, insistant spécialement sur l'Egypte parce que c'est là, beaucoup plus qu'ailleurs, que s'est conservée la pure doctrine musulmane.

c) A la base même de l'institution se trouve l'œuvre pie, but même de l'immobilisation. Le wakf tel que Mahomet l'a institué, ne comportait aucune personne intermédiaire, la pleine propriété était immédiatement dévolue à l'œuvre pie. Afin de propager l'institution, les premiers Imams permirent au constituant de différer cette dévolution en désignant des bénéficiaires intermédiaires, qui auraient, leur vie durant, la jouissance des biens ; après quoi, l'usufruit se joignant à la nue-propriété reviendrait à l'œuvre pie. C'est une des premières atteintes au principe de l'institution, mais comme nous le verrons dans le courant de notre

étude, il y en a eu d'autres et de plus graves. L'on alla jusqu'à méconnaître les caractères primordiaux du wakf, si bien que l'on se demande parfois, si le wakf constitué dans de pareilles conditions, est valable ou même existant.

Quelle est donc la nature de ce droit, si sujet à variation ? Fait-il partie du statut personnel ou successoral ou bien du statut réel et immobilier ?

Cette question, bien qu'en apparence de faible intérêt, est la clef de voûte de bien des questions très importantes, qui sans elle ne trouveraient pas une explication plausible ou qui recevraient une solution tout à fait opposée. Nous nous contenterons de classer le wakf dans le statut réel, nous réservant de donner à cette importante question, les développements qu'elle comporte, au moment opportun.

Nous nous permettrons enfin d'attirer l'attention sur ce fait que la matière des wakfs étant une matière toute spéciale, pour pouvoir la comprendre et l'étudier avec fruit, il est nécessaire de se départir des principes dont nous sommes imbus et de se placer au point de vue purement musulman.

Ceci dit, nous aborderons directement notre sujet et nous diviserons notre étude en quatre chapitres.

Le premier traitera du wakf en général ; dans le second nous étudierons la constitution du wakf ; dans le troisième son administration ; enfin le quatrième et dernier chapitre sera consacré à l'extinction du wakf.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

Nous étudierons dans ce chapitre un certain nombre de questions que nous croyons utile de traiter pour la bonne compréhension du sujet.

Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacun des points suivants :

- a) Définition.
- b) Origine du wakf.
- c) Réglementation du wakf.
- d) Causes du développement du wakf.
- e) Modifications apportées à la réglementation du wakf.
- f) Classification.
- g) Qui est propriétaire de la chose wakf.
- h) Comparaison du wakf avec quelques contrats du droit musulman.
- i) Le wakf fait-il partie du statut réel ou du statut personnel et successoral ?

a) Définition. — Le wakf, dénommé communément Habous dans les pays du Magreb, signifie littéralement

en langue arabe : immobilisation, séquestration. Le wakf n'est donc que l'immobilisation du bien.

Avant que d'en donner une définition précise, nous croyons utile de passer en revue quelques définitions émises à ce sujet, définitions qui, à notre avis, à part quelques détails se ressemblent toutes.

Nous aurions voulu rapporter en tête les définitions données par Ibn Abdin et Bourban-el-din-el-Taraboulsy, qui les premiers, ont introduit un peu de clarté dans cette étude encore inexplorée, mais malheureusement nous ne trouvons de ces définitions aucune trace nulle part.

L'auteur d'El Isaaf ne nous donne que l'étymologie du mot wakf. Le mot wakf, dit-il, veut dire arrêter, immobiliser..., etc., etc...

El Taraboulsy n'est pas plus heureux qu'Ibn Abdin et n'arrive à donner de cette institution à laquelle il s'était tant consacré, qu'une définition incomplète. Voici ce qu'il rapporte dans son livre : El oukoud-el-dourilh-fi-tankik-el-fataoui-el-mahdieh.

« Le wakf c'est l'immobilisation d'un bien qui reste à la disposition du constituant ou dont les fruits sont employés à titre de charité ».

Sans vouloir diminuer le mérite de ces éminents juristes, dans l'œuvre desquels ont puisé tous nos contemporains, nous remarquons avec regret que les définitions données ci-dessus sont très incomplètes mais que par contre elles ressortent clairement à la

lecture des dits ouvrages, si bien que le lecteur qui n'a pas l'avantage d'en avoir une toute prête, n'aura pas de peine à en fabriquer une de toute pièce.

L'article 7 du Code civil indigène, reproduit par l'article 22 du Code civil Mixte, nous donne une définition qui sans être complète a le mérite d'être beaucoup plus précise :

« Les biens wakfs sont ceux qui sont propriété de main-morte, au profit d'établissements pieux et dont l'usufruit peut être cédé aux particuliers dans des conditions déterminées par les règlements ».

Worms dans son journal asiatique (série 3, t. 14, p. 16, écrit à ce sujet : « Faire une chose wakf, c'est disposer de cette chose de telle sorte que la propriété en retourne à Dieu de qui elle vient et que la jouissance et l'usufruit seuls en puissent rester aux hommes ; l'objet ainsi fait wakf ne peut plus être vendu, ni donné, ni transmis comme héritage ».

L'article premier du Code de Kadry Pacha nous donne la définition suivante :

« Constituer un wakf, c'est retirer un bien de la propriété privée et l'empêcher d'y retomber tout en destinant l'usufruit aux pauvres ou à une œuvre déterminée de bienfaisance ou d'intérêt public, soit immédiatement, soit après l'extinction des bénéficiaires nommés ».

Clavel dans son livre du wakf ou Habous (tome I, p. 49) critique certaines définitions, nous fait re-

marquer les lacunes qui y sont contenues et essaie de nous en donner une plus complète :

« Le wakf ou Habous est une institution du droit civil musulman, qui soustrait le bien constitué aux règles du droit commun et en opère l'immobilisation en l'affectant au service d'une œuvre pie, charitable ou humanitaire, contre récompense que recevra le fondateur dans la vie future ».

Un peu plus loin Clavel reconnaît l'existence d'un autre genre de wakf, qu'il dénomme wakf adi ou coutumier et dont il nous donne la définition suivante : « Le wakf adi ou coutumier a pour effet de démembrer l'usufruit de la nue propriété. La nue propriété est immédiatement transférée à l'œuvre pie (Courba), la jouissance est dévolue aux personnes ou à la série de personnes désignées librement par le constituant et sort immédiatement du patrimoine de celui-ci, spécialement au point de vue successoral pour se réunir définitivement à la nue propriété au profit de l'œuvre pie à l'extinction des dévolutaires désignés. Si le but pieux du constituant vient à ne plus pouvoir être rempli, le wakf disparaît et les biens redevenant libres, font retour au fondateur ou à ceux qui le représentent ».

La plupart des auteurs qui ont traité du wakf, notamment les indigènes, ont pêché par concision et se sont attachés à exprimer leurs idées dans le moins de mots possible : de là des définitions incomplètes et parfois fausses. C'est pour éviter ces erreurs que

Clavel nous donne une si longue définition qui, à notre avis, peut être résumée de la façon suivante : « Le wakf est une institution qui a pour but de soustraire un bien au commerce en l'immobilisant soit au profit d'une œuvre pie charitable ou humanitaire, soit au profit de certains dévolutaires intermédiaires, désignés librement par le constituant et au décès desquels les revenus du dit bien doivent revenir à l'œuvre pie, but même de l'institution ».

C'est cette dernière définition que nous adopterons et à laquelle nous nous référerons dans le courant de notre ouvrage.

b) Origine du Wakf. — L'origine de cette institution spéciale au droit musulman se perd dans les temps les plus lointains. Bien que le Coran n'en fasse mention nulle part, on la fait remonter au Prophète. Dans son recueil des Hadis, Saïd-el-Bochary, nous rapporte qu'Omar Ibn-el-Khatab ayant demandé au prophète comment il pourrait disposer de sa terre de Kaïbar pour être agréable à Dieu, celui-ci lui répondit : « Immobilisez-la de façon à ce qu'elle ne puisse être ni vendue, ni transmise en héritage et distribuez-en les revenus aux pauvres ». Telle est l'origine du wakf.

Le paganisme arabe ignorait l'immobilisation, par contre les Romains connaissaient une institution similaire : « les res sacræ » et « les ædes sacræ », biens soustraits au commerce et affectés à un but pieux,

Mahomet a pu la leur emprunter, c'est du moins l'opinion de M. Gatteschi.

Dans son étude du droit musulman algérien, page 243, M. Morand nous rapporte l'opinion de M. Gatteschi à ce sujet : « Cette institution du wakf aurait été, comme tant d'autres du droit musulman, empruntée aux populations déjà soumises par les Romains. La législation qui gouverne le Habous dériverait du droit romain et les aedes sacrées correspondraient exactement aux mosquées des Musulmans ».

Plus loin, M. Morand continue : « Mais où les premiers Musulmans ont-ils puisé l'idée de cet expédient ? Lorsqu'on étudie les règles du droit byzantin concernant les fondations pieuses, on est frappé des analogies qu'elles présentent avec la législation des Habous. C'est à la législation du Bas-Empire que les Musulmans en ont fait l'emprunt..., cette conclusion est d'autant plus acceptable que les relations entre Musulmans et Chrétiens du VII^e siècle étaient fréquentes... Il est peu vraisemblable que les premiers Musulmans aient pu ignorer la pratique des fondations pieuses chez les Chrétiens et le but réel auquel tendait, la plupart du temps, cette pratique. Ils ont vu quelles facilités elle offrait pour tourner certaines prescriptions légales et tout naturellement ils ont eu l'idée d'y recourir pour se soustraire, eux aussi, à l'observation de certaines innovations coraniques qui se heurtaient à des traditions qui leur étaient

chères. Ils ont ainsi emprunté au droit romain du Bas-Empire sa réglementation des fondations pieuses, de même que bien plus tard, l'on verra des chrétiens d'Orient, en Egypte notamment, emprunter la forme du wakf pour consentir des libéralités à leurs églises et de même que l'on retrouve des traces d'influences chrétiennes dans la littérature religieuse de l'Islam, de même, aussi, l'on en rencontre dans sa législation ».

M. Mercier n'attache à cette solution qu'un intérêt purement historique et s'abstient de tout commentaire. Il se borne à déclarer : « Malheureusement nous ne possédons aucune donnée à cet égard ; toute hypothèse serait hasardeuse et l'on doit se borner à constater le fait ». (Code du Habous ou Oukouf, P. 128).

c) Réglementation du wakf. — Que le wakf ait été emprunté aux législations d'Occident ou qu'il soit une institution purement musulmane, ce qui est certain, c'est que Mahomet, en admettant même qu'il l'ait créé de toutes pièces, ne l'a pas réglementé et n'a fait que donner un simple conseil pieux. Notons de plus que ce conseil ne se rapportait qu'aux wakfs haïri ou de bienfaisance.

Ce n'est que plus tard, dans le seul but de propager cette institution si favorable à la communauté musulmane, que ses disciples en élargirent le cadre en permettant au constituant, tout en immobilisant son bien, d'en conserver l'usufruit ou de désigner libre-

ment les bénéficiaires intermédiaires, les biens devant au décès des dits bénéficiaires, revenir à l'œuvre charitable. Telle est l'origine du wakf adi ou coutumier.

Le véritable règlementation a été faite par les disciples de Mahomet, après sa mort. Ne se trouvant pas en face de règles posées par le Coran, ils règlementèrent cette matière à leur façon, suivant les nécessités du moment, faisant parfois céder les principes aux besoins de la pratique. C'est pour cela qu'on trouve les plus grandes divergences de vues, non seulement entre les disciples de Mahomet mais, même entre les disciples d'un même Imam. L'antagonisme, parfois si flagrant, entre Abou Joussef et Mahomet-el-Chaabani, tous deux disciples d'Abou Hanifa, en est l'exemple le plus frappant.

d) **Causes du développement du wakf.** — Bien que le wakf remonte à Mahomet, son développement ne date que de sa mort et du jour où l'on permit au constituant, tout en immobilisant son bien et tout en faisant une courba d'en conserver la jouissance ou de désigner librement les bénéficiaires intermédiaires.

Une autre cause du développement de cette institution serait le désir de mettre ses biens à l'abri des spoliations et des exactions des Pachas. Le constituant tout en conservant la jouissance de son bien, en donne la nue-propriété à une œuvre placée au sommet de la hiérarchie sociale, devant laquelle les sou-

verains eux-mêmes sont obligés de s'incliner (Sauteyra et Cherbonneau T. 2, p. 375 — Zeis T. 2, p. 181 — Worms, Journal asiatique).

Mercier soutenu par Morand essaie de nous en donner une troisième, qui, contestée par les musulmans et critiquée par les auteurs européens eux-mêmes, n'a jamais prévalu. Il nous rapporte dans son code du Habous, p. 131, que: « L'institution du Habous, détournée de son principe, sert aux musulmans à se soustraire aux inconvénients de la loi successorale édictée par le Coran et à conserver leurs biens intacts en la jouissance de leurs descendants à titre de patrimoine familial intangible ».

M. Morand traitant la même question nous dit : « La vérité c'est que loin d'avoir été dictées par le désir du prophète, les premières constitutions de wakf semblent bien n'avoir eu d'autre but que d'éluider certaines règles de la législation coranique auxquelles les fidèles du prophète voulaient se soustraire ».

Plus loin MM. Mercier et Morand nous parlent des lois sur les successions et particulièrement des nouveaux droits de la femme institués par le Coran :

« Dans le paganisme arabe la femme était exclue de la succession, le Coran la relève de cette déchéance en l'élevant au rang d'héritière fard, tout en ne lui faisant pas les mêmes conditions qu'à l'héritier même, Les arabes n'osèrent pas discuter ce droit nouveau

mais tâchèrent de l'éluder. Le wakf se prêtait bien à cette pratique ».

A cette thèse l'on pourrait opposer les objections suivantes :

Tout d'abord il n'est pas vraisemblable que le prophète ait édicté des règles au sujet du droit de succession et donné des conseils pour les éluder.

En second lieu, en droit musulman, [une personne jouissant de ses pleines facultés morales et intellectuelles, à part le cas de dernière maladie, peut parfaitement dépouiller ses héritiers légitimes de toute participation effective à la succession, par une donation entre vifs de la totalité de ses biens soit à un étranger, soit même à un de ses successibles.

« La liberté d'aliéner par voie de libéralité entre vifs, nous dit Clavel, est illimitée, elle n'est entravée par aucune prohibition. Le droit des héritiers naturels à une réserve, ne naîtra qu'au jour du décès du de cujus et sur les biens qui se trouveront dans son patrimoine au jour de ce décès ».

Celui donc qui voudrait se soustraire aux règles édictées par le Coran, n'a qu'à se dépouiller, de son vivant, d'une partie ou même de la totalité de son patrimoine, au profit de ses héritiers mâles, de sorte qu'à sa mort, ses filles se trouvent exclues de toute succession.

Faisons remarquer, toutefois, ne serait-ce que pour rendre justice à MM. Mercier et Morand, que celui qui

se dépouillerait ainsi de la totalité de son patrimoine, risquerait de se trouver, du jour au lendemain, sans aucune ressource et que de cet acte il ne retirerait aucun profit personnel, vu la défaveur de ce genre de donation dans les pays de l'Islam. Par contre celui qui constituerait ses biens en wakfs, ferait une courba, une œuvre agréable à Dieu et s'assurerait ainsi la gloire due aux élus, tout en conservant la jouissance de ses biens jusqu'à sa mort. Il est donc probable que cette cause ait influencé le développement du wakf, mais elle ne vient, à notre avis, qu'en second lieu et ne forme, pour ainsi dire, que le complément de celles que nous avons énoncées en premier lieu.

e) **Modifications apportées à la réglementation du wakf.** — Nous avons eu déjà l'occasion de traiter en partie cette question, nous avons rappelé sommairement l'institution à son origine, son développement et les modifications de détails qu'elle a subies au cours des premiers siècles, modifications suivies de bien d'autres beaucoup plus sérieuses, de sorte qu'on se demande parfois si à la suite des brèches pratiquées au sein et à la base de cette institution, le wakf subsiste encore ou si les constitutions faites dans de pareilles conditions sont valables ou même existantes.

Ces modifications que nous nous contenterons de citer, nous réservant d'y revenir dans le courant de notre étude, ont été basées sur ce fait que le wakf a

trait aux biens et non aux personnes et se trouve, dès lors, règlementé par le *Canoun* ou lois usuelles et non par la sharia.

Se basant sur ce principe et dans le but d'arrêter l'essor vertigineux du wakf, Mohamed Aly, 1^{er} khédive d'Egypte, esprit des plus clairvoyants et un des génies du xix^e siècle, rendit son fameux décret du 5 Moharem 1258, lequel tout en suivant ses intentions, ménageait les susceptibilités de la population. L'institution subsistait, mais les wakfs constitués sur les terrains Kiska étaient supprimés. Ajoutons que Mohamed Aly tout en s'appropriant ces biens, accorda une indemnité aux bénéficiaires.

Clot Bey dans sa « Description de l'Egypte, page 125 » nous rapporte à son tour ces modifications en termes saisissants :

«... Pour ménager les préjugés, il respecta les kiskas, mais les abolit plus tard, se chargeant lui-même de l'entretien du culte et fit aux Cheiks, qui en étaient possesseurs, des pensions annuelles. Il ne laissa subsister des wakfs que ceux qui consistaient en maisons et en jardins ».

Ce fut là la seule atteinte portée à l'institution du wakf en Egypte ; personne depuis lors n'osa suivre l'exemple de ce souverain énergique. Par contre, en Algérie, le wakf a subi des modifications beaucoup plus importantes.

Lors de la conquête de l'Algérie une grande partie

de la propriété urbaine et rurale était immobilisée au profit des Villes Saintes de la Mecque et de Médine. Ces dotations fort en faveur dans la pratique musulmane étaient un sujet d'appauvrissement constant pour l'Algérie, les dites villes étant très éloignées des pays du Magreb et ne conservant avec eux qu'un simple lien religieux, lien qui unit tous les peuples de l'Islam. Le gouvernement français sans hésiter un instant, s'est attribué les dites dotations, tout en s'engageant à faire face aux dépenses qu'exigerait l'entretien des dites dotations.

Après la conquête, les capitaux français affluèrent en Algérie et les biens fonds furent l'objet de nombreuses transactions. Il était alors impossible de reconnaître le caractère d'un bien, étant donné qu'aucun système de transcription n'existait encore dans ce pays et que le wakf pouvait être prouvé par acte de notoriété publique et même par simple témoignage. Il arrivait alors, que, parfois une personne après avoir exhibé un hogget en règle, corroboré par le fait de sa possession, venait, après avoir vendu l'immeuble, le réclamer ou le faire réclamer en se basant sur l'inaliénabilité du wakf. Cette pratique était d'usage courant, les musulmans considérant comme œuvre méritoire la spoliation de l'infidèle : c'était là une sérieuse entrave à la colonisation.

Le gouvernement français s'en émut et après enquête rendit la fameuse ordonnance de 1844, ainsi

conçue : « Aucun acte translatif de propriété d'immeuble, consenti par un [indigène au profit d'un européen, ne pourra être attaqué pour le motif que les immeubles étaient inaliénables aux termes de la loi musulmane ».

Quelques années plus tard, à la demande des Ulémas, l'Ordonnance de 1858 étendit le texte précité aux rapports des musulmans entre eux.

La loi du 26 juillet 1873 a complété et achevé l'évolution. L'article 1^{er} de cette loi porte : « L'établissement de la propriété immobilière en Algérie, sa conservation et la transmission contractuelle des immeubles et des droits immobiliers, quels qu'en soient les propriétaires, sont réglés par la loi française. En conséquence, sont abolis tous les droits réels, servitudes ou causes de résolution quelconques fondés sur le droit musulman, qui seraient contraires à la loi française ».

L'article 7 ajoute : « Il n'est point dérogé par la présente loi au statut personnel, ni aux règles de succession des indigènes entre eux ».

Que décider en présence de pareils textes ? Le wakf subsiste-t-il encore en Algérie ? L'ordonnance de 1844 a fait verser un flot d'encre, elle a engendré des discussions interminables non encore résolues de nos jours. Les uns ont voulu y voir la consécration de l'inaliénabilité du wakf, les autres fidèles à la tradition n'y ont vu qu'une exception dictée par l'intérêt gé-

néral, celui de la colonisation qui devait passer avant et au-dessus de celui des bénéficiaires et de l'œuvre pie.

Que dit en effet l'ordonnance de 1844 : « Aucun acte translatif de propriété ne peut être annulé sous prétexte que l'immeuble était wakf ». Elle n'envisage donc qu'un seul cas, celui de la vente, déjà effectuée d'un immeuble wakf, elle se place en présence d'un fait accompli et s'il est vrai qu'elle consacre la spoliation, elle ne consacre pas, du moins, l'inaliénabilité du wakf. De plus, si le législateur de 1844 avait voulu consacrer l'inaliénabilité, il l'aurait simplement formulée et rien ne l'aurait empêché de l'imposer par des textes formels.

La jurisprudence algérienne s'est montrée très hésitante, elle a adopté, tour à tour, les deux systèmes, mais a fini par se rallier au système le plus logique en proclamant l'inaliénabilité.

Ceci posé, comment interpréter la loi de 1873 ? A notre avis, d'après les vrais principes du wakf, principes que nous étudierons dans le courant de notre ouvrage, cette loi a été le dernier coup porté à l'institution, le wakf a fini d'exister. Cependant les auteurs aussi bien que la jurisprudence en ont voulu tempérer l'effet soit en s'appuyant sur la théorie consistant à faire rentrer le wakf dans le statut successoral, soit en restreignant sa validité à certains cas seulement. Clavel nous rapporte un intéressant arrêt de la Cour

d'Alger en date du 1^{er} mai 1879, arrêt que nous croyons utile de citer, pour la compréhension du sujet :

« En Algérie, aux termes de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844, de la loi du 16 juin 1851 et du décret du 30 octobre 1858, les biens grévés de habous sont devenus libres dans les mains des dévolutaires en possession, de sorte qu'ils forment, comme leurs autres biens, le gage commun de leurs créanciers et peuvent notamment être hypothéqués et aliénés. Toutefois, de ce que dans le but de consolider la propriété et de donner des garanties au crédit, la législation algérienne a modifié profondément les effets de la constitution du Habous, il n'en résulte pas qu'il soit interdit aux Musulmans de recourir à ce mode de transmission de leurs biens. Aucun texte législatif n'a supprimé l'institution du Habous qui demeure licite, mais qui ne présente plus aucun danger pour les tiers. En conséquence, toutes les fois que les dévolutaires de biens habousés ne sont pas en conflit avec des acquéreurs ou des créanciers soit du constituant soit des dévolutaires antérieurs, la dévolution réglée dans l'acte constitutif suit son cours régulier, si d'ailleurs, les prescriptions de la loi musulmane ont été observées ».

f) Classification. — 1^o Wakf adi ou coutumier et wakf kaïri ou de bienfaisance.

Le wakf tel que Mahomet l'a institué ne comportait pas de variétés. A la base de l'institution se trouvait

l'œuvre pie à laquelle le wakf était immédiatement dévolu dès l'immobilisation. Ce n'est que plus tard, comme nous l'avons déjà vu, et dans le seul but de propager l'institution, que ses disciples tout en conservant les conditions essentielles à sa validité : perpétuité et but pieux, permirent au constituant d'accomplir un acte méritoire, tout en ne changeant rien à son train de vie. Ils allèrent même jusqu'à lui permettre de désigner des dévolutaires intermédiaires. L'on appela, alors, ce genre de wakf, wakf adi ou coutumier pour le différencier de l'institution première que l'on désigna sous le nom de wakf kaïri ou de bienfaisance.

2^o Wakf de meubles et wakf d'immeubles.

Une autre classification qui a donné lieu à de nombreuses controverses et au sujet de laquelle les Imams et les jurisconsultes ne tombèrent jamais d'accord, est celle qui distingue le wakf des immeubles et celui des meubles.

Selon les uns, ce dernier genre de wakf est nul, la condition essentielle étant l'immobilisation. Le conseil pieux que nous donne le prophète, conseil qui est la base même de l'institution, ne se rapporte d'ailleurs qu'aux immeubles. Mahomet lui-même mettant en pratique ce conseil, a immobilisé sept jardins (Cheik Zeid, page 9).

Selon les autres, le wakf de cette catégorie de biens serait valable en tant qu'ils sont l'accessoire d'un

fonds immobilisé. L'exemple donné est celui d'une charrue et d'un bœuf : le wakf en est valable s'il est fait en même temps que celui du fonds de terre dont ils ne sont que les accessoires.

Cheik Zeid étudiant la réglementation du wakf et n'arrivant à dégager aucun principe général, vu que les règles qui régissent cette matière diffèrent d'un lieu à un autre, admet l'existence du wakf des meubles dans certains cas et à certaines occasions déterminées par la coutume : c'est ainsi que serait possible le wakf des chevaux de guerre, des armes, des munitions pour la guerre sainte, le wakf d'une chèvre, d'un bœuf ou de deniers comptants dans les lieux où ce genre de wakf est consacré par la coutume ; toutefois, Cheik Zied ajoute que ce genre de wakf n'est valable qu'autant qu'il est suivi du dessaisissement immédiat du constituant.

3^o Wakf temporaire et wakf définitif.

Une autre classification qu'on a voulu établir, mais qui ne repose sur aucun texte et que tous les auteurs sont unanimes à rejeter, est celle du wakf temporaire et du wakf définitif.

Pour s'en convaincre et s'apercevoir du mal fondé de cette prétendue distinction, il suffit de lire la définition même du wakf :

« Le wakf c'est l'immobilisation, la séquestration, le retrait de la circulation d'un bien à titre définitif... »

Cette distinction qu'on a voulu arbitrairement

introduire, ne repose que sur quelques décisions éparses de la jurisprudence, décisions qui d'ailleurs, n'ont pas été consacrées par la coutume.

L'on a même vu certains magistrats homologuer et même encourager ce genre de constitutions à certaines époques pour soulager les calamités publiques et venir en aide aux nécessiteux dans les périodes difficiles mais ceci ne constitue qu'une exception de laquelle on ne peut tirer aucune règle et sur laquelle on ne peut, par conséquent, baser aucune classification.

g) Qui est propriétaire de la chose wakf ? — Cette question, malgré son importance, n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie ; de là les solutions les plus contradictoires.

D'après les uns, le droit de propriété s'éteint de par la constitution et la chose habousée n'appartient à personne. D'autres prétendent que le droit de propriété revient à Dieu de qui il émane. D'autres enfin, soutiennent que le droit de propriété ne peut disparaître et qu'il subsiste, soit sur la tête du constituant ou des bénéficiaires, soit au profit du dernier dévolutaire. C'est cette dernière opinion que nous soutiendrons.

Première théorie. — Le droit de propriété s'éteint de par la constitution.

Le wakf n'est autre chose que la séquestration, le

retrait de la circulation d'un bien dont les fruits sont dévolus à une œuvre pie à perpétuité. Ce bien ainsi séquestré est à jamais immobilisé, il ne peut être ni vendu, ni donné et ne doit faire l'objet d'aucune transaction, il n'est donc la propriété de personne, l'usufruit seulement est affecté à l'œuvre pie.

Kadry Pacha emprunte cette opinion à l'auteur d'El fataoui-el-hendiah (page 296) et appuie sa thèse sur l'autorité de Rad-el-Mehtar qui s'exprime dans le même sens.

L'article premier du Code de Kadry Pacha dit :

« Constituer un wakf, c'est retirer un bien de la circulation et l'empêcher d'y retomber tout en destinant l'usufruit aux pauvres... »

L'article 3 poursuit :

« Le wakf devient exécutoire, dès qu'il est valablement constitué. Le constituant perd dès ce moment la propriété du bien constitué, sans qu'il puisse revenir sur l'acte accompli.

« D'autre part, le bien constitué en wakf ne pourra plus appartenir à aucune personne bénéficiaire de l'usufruit ou non, ni par vente, ni par donation, ni par succession, ni par aucun autre moyen. Il ne pourra non plus être donné en gage ou en hypothèque ».

En résumé, c'est dire que de par la constitution, le droit de propriété se perd, n'appartient à personne.

Que nous disent Mahomet et Abou Joussef ? Ces deux auteurs, auxquels nous devons la première règle-

mentation du wakf, se sont peu souciés d'approfondir cette question et se contentent de nous dire que la nue-propriété va à Dieu de qui elle émane. Nous nous refusons à admettre pareille solution. Un droit de propriété, qui fait l'objet d'une transaction ne peut disparaître comme par enchantement, il ne peut que passer d'une main dans une autre, ni s'éteindre tant que la chose sur laquelle il porte existe.

Deuxième théorie. — Le droit de propriété appartient au constituant.

Abou Hanifa nous parle d'une sorte de wakf qui n'en est pas un. Le constituant, dit-il, a le droit de disposer comme il l'entend du bien objet du wakf, il peut le vendre, l'aliéner, l'échanger sa vie durant, le wakf à sa mort retombant dans sa succession. Le droit de propriété appartient donc au constituant.

La vérité c'est qu'Abou Hanifa n'admet le wakf que dans deux cas qu'il détermine et que nous étudierons dans le courant de notre ouvrage. Le wakf constitué en dehors de ces deux cas, n'est pas, à proprement parler, un wakf dans le vrai sens du terme, mais simplement un vœu que le constituant peut à son gré exécuter ou non. Ce cas spécial une fois éclairci, nous passons aux arguments qu'invoquent les partisans de cette théorie à l'appui de leur thèse.

Ces auteurs ne connaissant pas de *res nullius* : un bien qui a été l'objet d'une possession en règle, d'un droit de propriété, ne peut pas ne pas avoir de pro-

priétaire et ce propriétaire ne peut être que le constituant. Le constituant ne se dessaisit que de l'usufruit qu'il donne à l'œuvre pie, tandis qu'il garde pour lui la nue-propriété ; ainsi s'explique le droit du constituant d'administrer la chose objet du wakf ou de nommer par lui-même l'administrateur chargé de cette gestion. Il en est de même du droit de disposer du revenu en faveur de telle ou telle personne ou de tel ou tel établissement pieux, qui ne pourrait s'expliquer que par ce droit de propriété.

Ibn Abdin nous rapporte dans El Isaaf : « La preuve que l'immeuble, même après le wakf, reste, en vertu du droit de propriété, à la disposition du constituant, c'est que si celui-ci prescrit de disposer des revenus en faveur de telle personne, et à sa mort, en faveur des enfants de telle autre, on est tenu d'obéir à ses volontés, qu'il peut jouir de l'objet du wakf soit en le cultivant, soit en le louant, et que l'administration lui en appartient. C'est pour cela que le wakf, selon Abou Hanifa lui-même, entraîne l'immobilisation des biens tout en les laissant à la disposition du constituant en vertu de ses droits de propriété ; et ce, encore, parce qu'il est inadmissible en droit que le propriétaire puisse perdre, en faveur d'une autre personne, ses droits sur l'immeuble inaliénable ».

A cet argument les partisans de cette théorie en joignent un autre :

« Celui qui constitue un bien en wakf en fait do-

nation des fruits à perpétuité au profit d'une œuvre pie ou charitable et pour recueillir perpétuellement le mérite de cette bonne œuvre, il faut que le fonds qui en assure les effets reste sa propriété » (Mercier, le Habous, ou Oukouf).

Enfin comme argument de fond, comme argument décisif, ces auteurs nous opposent une raison plus concrète et plus palpable que les précédentes ; au cas où le wakf est caduc, ne peut être exécuté ou est annulé à la suite de l'apostasie du constituant, ou pour dettes, à qui revient ce wakf ? Au constituant nous répondent-ils et ils appuient aussitôt cette solution sur l'avis des Imams et des jurisconsultes aussi bien que sur les décisions de la jurisprudence.

Sans vouloir discuter cette solution, nous demanderons à notre tour, à quel titre le constituant reprend la propriété entière de son bien, usufruit aussi bien que nue-propriété ? Est-ce à la suite de ce prétendu droit de nue-propriété qu'ils veulent lui reconnaître ou à la suite du jugement annulant l'acte de constitution et ramenant les choses en leur état primitif, lors de la constitution ?

Troisième théorie. — La nue-propriété appartient à l'œuvre pie, au dernier dévolutaire.

La nue-propriété nous disent les partisans de cette théorie, appartient à l'œuvre pie, au dernier dévolutaire, et à l'appui de ce qu'ils avancent, ils nous citent l'autorité de Clavel et la définition qu'il nous donne du

wakf, définition que nous avons déjà donnée plus haut et que nous croyons inutile de reproduire entièrement :

...Le wakf sort immédiatement du patrimoine du constituant spécialement au point de vue successoral pour se réunir définitivement à la nue-propriété, au profit de l'œuvre pie, à l'extinction des dévolutaires désignés... »

Le bien sort immédiatement, de par la constitution du patrimoine du constituant, qui ne peut user de la chose moins encore en disposer à son gré ou la détruire et qui, par conséquent, n'ayant pas le jus utendi et abutendi, se trouve être exclu du droit de propriété. Le jus fruendi ne lui appartient qu'autant qu'il se l'est réservé dans l'acte constitutif de la wakfieh et dans ce cas, c'est à titre d'usufruitier et non de propriétaire qu'il en jouit. Si donc la nue-propriété n'appartient pas au constituant à qui appartiendrait-elle donc ?

Vouloir dire que la nue-propriété appartient à Dieu, cela serait vouloir donner un titre de propriété au propriétaire lui-même, car Dieu dans la conception musulmane, est le souverain maître, le souverain propriétaire de toute chose existante ; de plus, nous avons réfuté plus haut la théorie qui considère que le droit de propriété s'éteint de par la constitution. La seule solution serait donc d'attribuer la nue-propriété à l'œuvre pie. Cette solution non seulement s'impose

par la force des choses, mais elle aussi est la plus logique ainsi que nous allons le démontrer :

Une fois la constitution faite, l'administration du wakf est confiée à un nasir nommé par le constituant et au cas où la constitution est muette à ce sujet, cette nomination est faite par le cadi, seul représentant des pauvres, des indigents et des orphelins. Le nasir, comme nous le verrons, s'occupe des actes d'administration courante et ne peut faire un acte touchant au fonds sans l'autorisation expresse du cadi, considéré comme représentant de la personne morale qu'est le wakf ; de plus, bien que la chose habousée soit à jamais immobilisée, le cadi, dans l'intérêt du wakf, peut, comme nous le verrons dans la suite, le vendre, l'échanger ou le gréver d'un droit réel.

Comment donc expliquer ces actes de disposition au cas où la nue-propriété appartient au constituant ou à toute autre personne ? En réalité cela ne peut s'expliquer que par le droit de propriété déferé à l'œuvre pie, qui de par la constitution, se trouve dotée, si l'on peut dire, d'une sorte de capacité juridique, d'une sorte de personnalité morale.

h) Comparaison du wakf avec quelques contrats du droit musulman. — Certains auteurs ont voulu assimiler le wakf à un prêt, d'autres y ont vu une sorte de testament, d'autres enfin le comparent à la donation de droit commun. La vérité est que le wakf, bien

qu'offrant certains caractères pouvant permettre de l'assimiler à ces contrats, est une institution toute spéciale, présentant, ainsi que nous allons le voir, avec les dits contrats des différences profondes.

a) *Le wakf et le testament.* — Le wakf diffère du testament pour les raisons suivantes :

1° A la base même du wakf, se trouve l'immobilisation à titre perpétuel au profit d'une œuvre pie, charitable ou humanitaire, condition que nous ne trouvons nulle part dans le testament, le testateur n'étant pas obligé d'immobiliser son bien à titre perpétuel au profit d'une œuvre pie.

2° Le wakf suppose le démembrement de la propriété à l'encontre du testament où le testateur n'est pas obligé de séparer l'usufruit de la nue-propriété.

3° Le wakf produit son effet immédiatement à partir de la constitution, le testament est un acte mortis causa qui ne produit d'effet qu'à la mort du testateur.

4° Le testateur peut révoquer à tout moment le testament par lui fait, il n'en est pas de même du wakf, qui une fois constitué, est irrévocable.

5° Dans le testament, le testateur est obligé de suivre les règles du statut successoral coranique, notamment au point de vue des legs et de la quotité disponible. Il n'en est pas de même du wakf où le constituant peut immobiliser non seulement la totalité de ses biens au profit de ses successibles, mais aussi

au profit d'étrangers sans être astreint à suivre n'importe quelle règle à ce sujet.

Mercier dans son livre du Habous nous expose cette dernière différence en termes très nets :

« Jamais fiction ouverte par le manteau de la piété, n'a permis de réaliser de telles dérogations à toutes les règles de la loi. Ces habous, en effet, permettent 1^o de priver les héritiers à portion fixe de leurs droits dans la succession, et même les héritiers universels ; 2^o d'établir des catégories dans les héritiers avantagés et de favoriser les uns au détriment des autres ; 3^o de faire une donation sans se dessaisir de ce qui la constitue ; 4^o de léguer plus du tiers disponible, d'attribuer le legs à ses héritiers, etc... ; toutes choses condamnées par le coran et la législation » (Mercier, page 206).

b) *Le wakf et le prêt.* — 1^o Le wakf n'est pas un prêt nous dit Zilei, le prêt suppose le dessaisissement immédiat du prêteur au profit de l'emprunteur, ce qui peut ne pas se produire dans le wakf au cas où le constituant se réserve l'usufruit.

2^o Le wakf suppose la perpétuité, alors que le prêt est d'ordinaire de courte durée.

3^o Les droits et les obligations du prêteur et de l'emprunteur diffèrent beaucoup de ceux du constituant et du bénéficiaire.

c) *Le wakf et la donation.* — 1^o La donation à l'encontre du wakf suppose le dessaisissement immédiat du

donataire, d'après la règle romaine : donner et retenir ne vaut.

2° La donation en droit musulman est essentiellement révocable, tant que la chose donnée existe en nature chez le donataire. Il n'en est pas de même du wakf qui est exécutoire et irrévocable à partir de la constitution.

3° Le wakf peut être établi au profit de plusieurs personnes qui se succèderaient dans la jouissance, il n'en est pas de même de la donation qui ne s'adresse qu'au donataire.

4° Alors que la donation suppose une tierce personne, le fondateur d'un wakf peut se réserver dans l'acte constitutif l'usufruit du bien donné.

4° Alors que la donation suppose une tierce personne, le fondateur d'un wakf peut se réserver dans l'acte constitutif l'usufruit du bien donné.

5° En droit musulman, les meubles, aussi bien que les immeubles, peuvent faire l'objet d'une donation ; il n'en est pas de même du wakf pour lequel la constitution des meubles n'est, en principe, pas admise.

6° Enfin, une dernière différence non moins importante à noter est le but pieux, à la base même du wakf, caractère qui n'est pas exigé dans la donation.

i) Le wakf fait-il partie du statut réel ou du statut personnel et successoral ? Comme nous l'avons fait déjà remarquer, cette question bien qu'en apparence

de faible importance, est la clef de voûte de bien des questions, qui sans elle ne trouveraient pas une explication plausible ou qui recevraient une solution tout à fait opposée. Le wakf fait-il partie du statut personnel, il est de la compétence des tribunaux religieux : Les Mahakems el Schareieh. Fait-il partie du statut réel, les contestations s'y référant sont dévolues aux tribunaux civils, aux Mahakems el Ahlieh et aux tribunaux mixtes.

Les solutions qui interviendront seront parfois bien différentes, si ce n'est tout à fait contraires et antagonistes, le code de la réforme aussi bien que le code indigène se trouvant être l'œuvre d'Européens, peu rompus aux affaires de l'Islam et qui n'ont fait que transplanter en Egypte les solutions du Code civil français. Même pour les Mahakems el schareieh, la solution à intervenir serait différente selon qu'on considère le wakf comme une libéralité testamentaire ou comme une simple donation entre vifs. Cette question, comme tout ce qui a trait à la matière, a donné lieu à de nombreuses controverses et vu son importance, a soulevé d'interminables discussions.

Ajoutons avant de commencer cette étude, que ces controverses ne prirent naissance que du jour de l'institution des tribunaux mixtes et surtout du jour où l'on a enlevé la compétence des affaires civiles au Cadi, jusque là seul juge dans les pays de l'Islam, pour les déférer à des tribunaux spéciaux : Les Mahakem el ahlieh.

Première théorie. — Le wakf fait partie du statut personnel et successoral. Tout vient à l'appui de notre théorie, nous disent les partisans de cette thèse, non seulement le bon sens, mais aussi le texte même de la loi :

a) A la base même de l'institution se trouve le but pieux, c'est-à-dire religieux. Le wakf est donc de la compétence des tribunaux religieux, du cadi, seul juge du statut personnel et successoral.

b) Que nous dit la loi ? L'article 12 du règlement de réorganisation des tribunaux mixtes décide : « Ne seront pas soumises à ces tribunaux, les demandes des étrangers contre un établissement pieux, en revendication de la propriété d'immeubles possédés par cet établissement... »

c) L'article 16 du décret portant réorganisation des tribunaux indigènes dit expressément que ces tribunaux « ... ne pourront connaître des contestations relatives à la constitution du wakf, cette connaissance étant réservée au Mehkemet el Chareieh ».

d) Le décret khédivial du 6 Zilhegga 1283 donne, compétence au cadi pour dresser les actes de wakf, les valider et les transcrire sur des registres spéciaux

Les partisans de cette théorie ne se contentent pas seulement de nous donner quelques textes de lois, mais nous citent, en outre, à l'appui de leur thèse, toute une série d'arrêts et de décisions de la jurisprudence, entre autres un arrêt de la Cour Mixte

d'Alexandrie, en date du 1^{er} juin 1892, ainsi conçu : « L'action intentée sous forme d'une demande en reddition de comptes d'administration d'un wakf, tendant non pas à faire distribuer sur les bases reconnues ou définitivement établies les revenus du wakf, mais à fixer la quotité même à laquelle les bénéficiaires auraient chacun le droit de participer dans les revenus et à déterminer une question de dévolution, implique l'interprétation des clauses de l'acte constitutif du wakf et soulève une question de droit successoral réservée aux autorités du statut personnel (art. 9, Règlement d'organisation judiciaire, art. 77 du Code civil). Par suite, les tribunaux mixtes n'ont pas la compétence pour la juger ».

Un arrêt du 26 mars 1897 se prononce dans le même sens : « s'agissant d'un différend ayant trait à des droits à exercer dans un wakf, les règles de la loi musulmane régissant la matière doivent seules être appliquées par les tribunaux mixtes ».

Deuxième catégorie. Le wakf fait partie du statut réel.

— Cette théorie est à notre avis beaucoup plus logique que la précédente ; aussi a-t-elle été adoptée par la plupart des auteurs modernes. Le but pieux, disent les partisans de cette théorie, ne fait pas du wakf une institution religieuse et ne pourrait, de ce fait et pour cette simple raison, la faire placer dans le statut personnel ou successoral.

Quant aux prétendus textes de loi invoqués, ils ne

peuvent à eux seuls, faire passer une institution du statut réel auquel elle appartient au statut personnel ; d'ailleurs, les articles cités n'envisagent qu'une seule hypothèse et décident seulement que « ne seront pas soumises à ces tribunaux les demandes des étrangers contre un établissement pieux... ». Ils ajoutent aussitôt après un correctif qui, rapproché de l'art. 4, du Code civil mixte, éclaire parfaitement la question : « ... mais ils seront compétents pour statuer sur la demande intentée sur la question de possession légale, quel que soit le demandeur ou le défenseur ». Ces articles, d'ailleurs, n'ont été insérés que pour ménager les susceptibilités religieuses des musulmans et pour empêcher qu'un établissement pieux ne soit déféré à un tribunal présidé par un Zoumi.

Que nous dit l'art. 4 du Code civil mixte : « Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes et au statut matrimonial, au droit de succession naturelle ou testamentaire, aux tutelles et aux curatelles restent de la compétence du juge du statut personnel... »

Cet article est en somme un énoncé de principe, qui limite la compétence des tribunaux de la réforme aux matières qu'il énonce d'une manière limitative. Si donc, le législateur n'a pas fait mention du wakf, dans cet énoncé, c'est que cette question, à son avis, ne fait pas partie du statut personnel ou du statut successoral.

M. Clavel voit dans le rudiment de réglementation ébauché par l'art. 12 du règlement de réorganisation des tribunaux mixtes un argument de plus en faveur de sa thèse lorsqu'il nous dit : « ... si donc, la réglementation rudimentaire du wakf s'y est glissée par la force même des choses, c'est parce qu'il est impossible de faire un code du statut réel en pays musulman, sans toucher au wakf. N'est-ce pas encore un argument en faveur de notre théorie ? »

Si à ces arguments, nous ajoutons que dans la publication faite en 1875 par le Gouvernement égyptien des lois relatives au statut personnel et successoral, il n'en est pas fait mention, c'est que cette matière fait bien partie du statut réel.

Nous nous permettrons, à notre tour, de faire valoir quelques arguments non moins probants :

1^o Le wakf n'a trait ni à l'état, ni à la capacité des personnes. Il ne fait pas partie du statut successoral, dont il est la négation même, étant donné qu'il permet au constituant de se dépouiller au profit de personnes autres que ses héritiers, sans que ceux-ci puissent s'y opposer ou faire tomber l'acte qui leur est préjudiciable. C'est l'opinion qui se dégage de l'œuvre de Clavel : « ... il a pour but et pour raison d'être de permettre au constituant de soustraire ses biens à ce qu'à de rigoureux le statut successoral musulman. Il est donc loin de faire partie de ce statut et s'il n'en est pas la négation même, il constitue, du moins, tout

comme la donation de droit commun, un moyen légal de faire sortir les biens du patrimoine du fondateur, de façon à ce que les héritiers de celui-ci ne les y trouvent plus au jour de son décès ». Plus loin, Clavel ajouté : « Tout d'ailleurs, proteste contre la théorie que nous combattons ; alors que tout ce qui concerne le droit des personnes et la législation des successions est resté intact, immuable depuis Mahomet, les différences profondes qui divisent en matière de wakf, les rites et même les docteurs d'une même école, les modifications incessantes qui ont été apportées à l'institution au point d'en modifier les caractères primordiaux, démontrent bien que cette institution ne ressortit pas au statut personnel ou au statut successoral qui ne sont susceptibles ni de divergences essentielles entre les musulmans, ni d'une modification quelconque par le fait du Prince ».

Du reste pour appuyer encore notre opinion sur cette grave question, nous dit Khanki, il suffit de se reporter au décret de 1842, rendu sous le règne de Mahomet Aly, décret que nous avons déjà cité plus haut. Il est probable que si cet homme de génie avait cru, en supprimant une partie du wakf, aller à l'encontre de la loi religieuse, il se serait certainement abstenu de prendre une mesure si grave qui aurait amené des troubles dans le pays. C'est au contraire en se basant sur la doctrine enseignée par un des disciples du Prophète, Abou Hanifa, qu'il rendit son fameux décret.

2° Tout le statut personnel et successoral se trouve réglementé par le Coran, immuable comme Dieu lui-même, de qui il émane et auquel on ne peut toucher sous peine d'hérésie. Le wakf au contraire, n'est basé que sur le Hadis, sur un simple conseil pieux du Prophète et a été réglementé, non par le Coran, qui n'en parle nulle part, mais bien par les imams et les jurisconsultes postérieurement à la mort du Prophète.

3° Le wakf a trait aux biens et ne peut être régi que par la loi territoriale. C'est ce que consacre, d'ailleurs, la loi égyptienne lorsqu'elle exige que le wakf soit constitué devant le Cadi de la situation des biens et qu'elle déclare nul le wakf constitué à l'étranger, d'un bien situé en Egypte.

Morand se prononce dans le même sens lorsqu'il écrit dans son livre du Habous : « on ne peut que classer le wakf dans le statut réel, soit parce que les règles qui le régissent rentrent dans la catégorie de celles qui ont pour objet direct et principal l'organisation du régime des biens, soit parce que tout ce qui concerne les fondations et les biens de main-morte intéresse au plus haut degré l'ordre public et doit être souverainement régi par la loi territoriale ».

Les raisons que nous venons d'énumérer ont été énoncées dans un arrêt de la Cour mixte d'Alexandrie, arrêt devenu depuis célèbre et qui a fixé la jurisprudence dans ce sens depuis une dizaine d'années. Cet arrêt est ainsi conçu :

« Attendu que sans s'égarer dans des dissertations historiques et sans avoir à rechercher jusqu'à quel point on devait tenir pour exacte l'opinion selon laquelle ce qui aurait donné naissance à l'institution du wakf, aurait été le désir des premiers musulmans, tout en mettant leurs biens à l'abri des spoliations arbitraires, d'apporter un correctif à ce que la loi successorale inaugurée par le Coran avait de contraire aux principes passés depuis des siècles dans leur usage, il suffit de relever que, tandis que la dite loi se trouve tout entière et jusque dans ses moindres détails dans le livre sacré de l'Islam, source du statut personnel et successoral musulman, l'un et l'autre essentiellement immuables, il n'y est fait aucune allusion au wakf, inventé, organisé et réglementé par les premiers Imams et leurs successeurs ; que de ce qui précède, on est forcément amené à conclure que d'une manière générale et en principe, tout au moins, le wakf ressortit au statut réel ; que cela est tellement vrai que lorsque le Gouvernement égyptien, en exécution de l'engagement pris par l'article 36 du règlement d'organisation, publia en 1875, en les codifiant les lois relatives au statut personnel et successoral, il ne songea point à y comprendre celles relatives à l'institution du wakf, tandis que par contre le Code civil mixte contient un rudiment des principes régissant cette matière ; attendu, dans le même ordre d'idées, que si, après avoir proclamé l'incompétence

des tribunaux indigènes en matière de statut personnel et successoral, le législateur égyptien a éprouvé le besoin d'édicter, par une disposition spéciale, leur incompétence à connaître des questions relatives à la constitution du wakf, c'est évidemment parce qu'il estimait que ces questions ne ressortissaient pas de leur nature, au statut successoral ; attendu qu'il est impossible d'admettre que le wakf fait partie du statut successoral, dont il est en réalité la négation, il est impossible encore de voir dans la wakfieh une sorte de testament dont elle diffère de tout au tout... » (Arrêt. de la Cour mixte d'Alexandrie en date du 22 mai 1914.

Cet arrêt n'est pas le seul en faveur de notre théorie ; aussi nous permettrons-nous d'en citer quelques autres :

« Si les tribunaux mixtes sont incompétents pour connaître la demande d'un étranger contre un établissement pieux, en revendication d'immeubles, ils sont au contraire compétents pour statuer sur la demande en revendication formée contre un étranger par un établissement pieux » (Arrêt 29 novembre 1883 R. O. T. ix, p. 18).

« L'article 12 (titre 1^{er}) du règlement d'organisation judiciaire doit être interprété en ce sens, que si les Tribunaux de la Réforme ne sont pas compétents pour statuer sur les demandes en revendication de la pleine propriété des immeubles possédés par les wakfs, ils sont compétents pour connaître non seulement des

actions possessoires, mais de toutes les autres actions réelles immobilières, relatives aux biens wakfs » (Arrêt 22 avril 1886 R. O. T. x, p. 128).

Aux arrêts invoqués par les partisans de la théorie adverse, arrêts rares, rendus suivant les circonstances et les nécessités du moment, non seulement nous pouvons opposer les arrêts précités, mais aussi toute une infinité d'autres que nous croyons inutile de reproduire ici et sur lesquels nous nous permettrons de revenir dans le courant de notre étude.

CHAPITRE II

CONSTITUTION DU WAKF

Nous diviserons ce chapitre en cinq paragraphes. Dans un premier paragraphe, nous étudierons sommairement les conditions de forme relatives à la constitution du wakf ; dans un second paragraphe, nous examinerons les conditions de fonds. Dans un troisième paragraphe, nous traiterons de la perpétuité. Le quatrième paragraphe aura trait au but pieux du wakf. Le cinquième et dernier paragraphe sera consacré au constituant du wakf.

HISTORIQUE

L'on se demande, encore de nos jours, si la constitution des biens en wakfs, telle qu'elle existe de nos jours, avait été admise, dès le début, par tous les auteurs. Ibn Abdin nous rapporte qu'Abou Hanifa et ses compagnons admettaient bien cette institution. On avait d'abord prétendu qu'Abou Hanifa ne reconnaissait pas le wakf de telle sorte qu'un certain

nombre de personnes avaient suivi cette opinion. Selon El Khassaf; El Hassan-ibn-Zaed avait dit à son père qu'Abou Hanifa n'admettait le wakf que dans le sens du testament et que son disciple Abou Joussef se conformait à ce principe. Ce n'est que plus tard, après qu'on eut fait remarquer à Abou Joussef que Omar-ebn-el Khatab avait constitué son terrain en wakf, que ce dernier revint sur son opinion en disant que si ce fait avait été connu d'Abou Hanifa, il est certain que celui-ci aurait changé d'avis.

La vérité, en cette matière, est que tous les auteurs ont admis le wakf et ce, dès le début de l'institution ; le désaccord ne portait que sur le point de savoir si l'on pouvait le rétracter ou non. Ceci dit, nous passons directement à l'étude du sujet.

Dans la constitution du wakf, il faut distinguer les conditions de fonds et les conditions de forme. Nous traiterons sommairement cette dernière partie qui ne présente aucune particularité, du moins au début de l'Islam, après quoi nous passerons aux conditions de fonds, de beaucoup les plus importantes.

I. CONDITIONS DE FORME

Il y a de grandes divergences de vues sur le point de savoir si le wakf doit être constitué oralement ou par écrit. L'article 2 du Code de Kadry Pacha qui reproduit l'opinion d'Ibn Abdin nous rapporte que :

« La constitution d'un wakf est valable lorsque le constituant, ayant capacité de le faire, prononce une des phrases spécialement consacrées à cet effet et lorsque cette phrase s'applique à un bien susceptible d'être constitué en wakf. Il faut également l'existence des autres conditions indispensables à la validité de la constitution.

Ainsi un wakf serait constitué par le seul effet de la parole, si une personne réunissant toutes les qualités requises, disait : je constitue en wakf, à perpétuité et au profit des pauvres, cette terre qui est à moi ».

Kadry Pacha ajoute plus loin, à l'article 4 : D'après l'opinion de l'Imam Abou Hanifa, la constitution du wakf et la disparition du droit de propriété du constituant ne deviendraient définitives que si la constitution du wakf avait été sanctionnée par la décision d'un juge nommé par le sultan ou par son représentant. Cependant, l'opinion qui prévaut dispense de cette sanction judiciaire.

D'après Kadry pacha, donc, le wakf peut valablement être constitué par simples paroles, aucune forme ou phrase sacramentelle n'étant exigée pour sa validité, à part bien entendu, les conditions de fonds que nous énumérerons plus loin.

Dans les premières années de l'Hégire, la preuve testimoniale était la plus en faveur, l'on se défiait beaucoup des écritures qui, disait-on, se ressemblent l'une l'autre et l'on ne les admettait que dans des cas

très particuliers ; aussi la majorité des constitutions étaient-elles faites oralement, par simples paroles. L'on n'avait recours aux écritures que pour fixer les conditions nombreuses, qu'il aurait été difficile de se rappeler dans la suite, conditions que certains constituants inséraient minutieusement dans leurs wakfihs.

Ce mode de constitution subsista jusqu'au jour où grâce à l'extension des agglomérations et au développement des transactions, il devint impossible et parfois très dangereux d'admettre pareille preuve. L'on ne put alors trouver des témoins capables, non seulement d'affirmer l'existence de certains wakfs datant de plusieurs siècles, mais aussi de rapporter les clauses et intentions du constituant mort depuis une éternité. La constitution par écrit prit alors la place qui logiquement devait lui revenir.

Que le wakf doive être constitué oralement ou par écrit, la loi musulmane n'a prescrit aucune forme sacramentelle pour sa validité. Il suffit que l'acte contienne les clauses essentielles, c'est-à-dire la perpétuité et le but pieux.

Des abus résultèrent, cependant des facilités trop grandes laissées au constituant, facilités qui n'avaient pour but que d'encourager cette institution si profitable à des hordes nomades, très souvent nécessaires. L'on exigea alors, comme condition essentielle à la validité de la constitution, une décision du ma-

gistrat rendue à la suite de l'instance coutumière. Une fois la décision rendue, le wakf est parfait, le constituant n'a plus aucun droit sur le bien constitué ; jusqu'alors ce n'est qu'un simple vœu qui ne lie son auteur que moralement, ce dernier demeurant libre de ne pas l'accomplir.

Il est à noter que le Cadi, dont la décision est exigée, n'intervient pas comme simple officier public dans le but d'homologuer ou de donner l'authenticité à un acte, il intervient comme magistrat et la décision qu'il rend est un véritable arrêt.

Chez les Mabkites, le Cadi intervient rarement et lorsqu'il le fait, c'est pour homologuer l'acte ou lui donner l'authenticité et non pour statuer ou rendre une décision. Cela vient de ce que les mabkites admettent la constitution orale et la preuve testimoniale ; ils vont même plus loin en permettant la reconnaissance d'un wakf par simple acte de notoriété publique. Par contre, ils exigent le dessaisissement immédiat du constituant au profit du premier dévolutaire, afin que les tiers ne soient pas induits en erreur sur la nature de sa possession. Allant plus loin dans la voie des concessions, ils permirent au constituant de se désigner comme premier dévolutaire et de garder, par conséquent, la possession de son bien, faisant ainsi disparaître la seule garantie que présentait la constitution du wakf.

Procédure devant le magistrat

La procédure devant le Cadi est une véritable instance suivie de débats ; le constituant rédige la wakfieh, y insère les clauses qu'il veut faire respecter puis déclare vouloir les rétracter. A ce moment, intervient une tierce personne nommée, en général, par le magistrat, qui s'oppose à la rétractation. Sur ce procès fictif le Cadi rend sa décision déclarant la wakfieh obligatoire. Ce jugement est ensuite transcrit sur les registres de la Mehkemet du lieu de la situation des biens.

Constitution d'un wakf en Egypte

L'Egypte est le seul pays où la doctrine Hanéfite, s'est conservée dans son essence ; aussi le seul mode de constitution admis est-il la constitution par écrit.

Bien que ce mode de constitution soit le seul en vigueur depuis bien longtemps, la forme en a varié et a été l'objet de plusieurs réglementations que nous passerons en revue.

1^o *Période antérieure au décret khédivial du 6 zil-hegga 1283.* — Jusqu'à cette date, la constitution des biens en wakfs était régie par les règles générales concernant la matière.

L'arrêt de la Cour mixte, en date du 14 mars 1907,

se prononce dans le sens de la règle que nous avons énoncée plus haut : « En droit musulman, le wakf est valable lorsque le constituant prononce une des phrases spécialement consacrées à cet effet, *a fortiori* l'est-il lorsqu'il est constitué par un écrit quelconque dont la sincérité n'est pas contestée ».

Un autre arrêt plus récent et qui ne fait que confirmer le précédent est ainsi conçu : « Il est de principe en droit musulman, que le wakf est valable sans formalité aucune et qu'on peut établir la constitution d'un wakf par un simple écrit et même par témoins ; ce n'est que depuis le décret du 6 zilhegga 1283, qui n'a pas d'effet rétroactif, qu'on a dû observer, pour la constitution du wakf, les formalités prescrites par le dit décret » (Arrêt du 7 avril 1913).

Un autre point sur lequel le décret du 6 zilhegga 1283 a innové, non sans raison d'ailleurs, est celui de la compétence générale du Cadi. Il n'y a qu'un seul monde musulman, disent les auteurs, par conséquent si un wakf est constitué devant un Cadi en dehors de l'Egypte, le wakf est valable et n'a besoin d'aucune confirmation. En effet, le fondateur, à ce moment, pouvait constituer en wakf un immeuble en Egypte, alors même qu'il habitait ailleurs et ce par simples paroles. C'est ce que confirme un arrêt de la Cour mixte en date du 14 juin 1906 ; aux termes duquel une pareille constitution de wakf « est valable et doit sortir à effet en Egypte, en dehors des formes

prescrites par les décrets khédiviaux du 12 Kagab 1280 et 6 Zilhegga 1283, postérieurs à sa date et partant inapplicables, comme n'ayant pas d'effet rétroactif ».

2^o *Décret du 6 zilhegga 1283.* — D'après ce décret, tout individu qui désire constituer en wakf tout ou partie de ses biens ou en disposer par testament, doit se présenter devant la moudirieh où se trouvent les immeubles qu'il possède, et lui adresser une demande à cet effet, qui sera confirmée par une déclaration consignée dans le livre tenu à la moudirieh, et destiné à l'enregistrement des actes de vente ou de cession des terres ouchoury ou kharadjis. La confirmation de la dite demande aura lieu en présence du moudir ou du sous-moudir, du Cadi de la moudirieh et de qui de droit et sera cachetée par tous.

La moudirieh demandera ensuite des renseignements à l'effet de constater si le susdit invididu a la propriété de ce qu'il désire constituer en wakf, ou en faire l'objet d'un legs ; dans le cas où la légitime propriété du bien serait reconnue au dit déclarant, le hodget de wakf ou de testament légal sera, à moins d'empêchement, passé dans les formes requises.

Si l'individu qui désire constituer en wakf ou disposer par testament, réside au Caire, ou à Alexandrie, ou dans une moudirieh autre que celle où se trouvent situés les biens qu'il entend léguer et s'il lui est impossible de se rendre au siège de cette dernière mou-

dirieh, il s'adressera à la moudirieh la plus proche du lieu de sa résidence, et là sa déclaration sera consignée dans le livre qui y est tenu, et une copie en sera transmise à la moudirieh où se trouvent les immeubles pour qu'il y soit procédé conformément à ce qui a été énoncé.

Au cas où la personne qui n'ayant pas de terres, posséderait d'autres biens immeubles qu'elle désire constituer en wakf ou léguer en tout ou en partie, si ces immeubles se trouvent au Caire ou dans une ville de port qui ne relève d'aucune moudirieh, la demande sera adressée au gouverneur du lieu où se trouvent situés les immeubles. Le gouverneur, après avoir pris connaissance de l'objet de la demande, prendra les mesures nécessaires pour faire dresser l'acte de wakf ou le testament et faire enregistrer ce qu'il jugera à propos pour plus de sécurité en présence du Cadi ou de qui de droit.

Les femmes qui désireraient constituer en wakf ou léguer une partie des immeubles qu'elles possèdent dans une moudirieh quelconque le peuvent aussi bien que les hommes, mais étant hors d'état de se présenter devant l'autorité à qui la demande doit être soumise, elles pourront s'adresser au gouverneur de la ville où elles ont leur résidence, lequel gouverneur donnera suite à la demande qui lui sera adressée en adoptant la mesure qu'il croira la plus régulière et la plus sûre.

Ce décret pose donc pour principe que la constitution doit être faite devant le Cadi de la situation des biens. Il n'est fait exception à ce principe qu'en cas d'empêchement ; dans ce cas la déclaration prescrite doit être faite dans la même forme, en présence des témoins et du moudir à la moudirieh la plus proche. Copie de cette déclaration doit être envoyée au Cadi de la moudirieh de la situation des biens.

Qu'arrive-t-il si une des formalités exigées par la loi n'est pas remplie, alors que le constituant a exécuté toutes les obligations qui lui incombent ? Le wakf est-il valable ou non ? D'autre part, pareille constitution est-elle opposable aux tiers ?

Si le constituant a rempli toutes les formalités exigées par la loi, la constitution est valable et opposable aux tiers, alors même que certaines formalités, que la loi met à sa charge, mais qui incombent à l'administration, n'ont pas été remplies, par exemple, la transcription sur les registres des Mehkemets ou la transmission de la copie de la déclaration, au cas où par suite d'un empêchement quelconque, elle a été faite devant une moudirieh autre que celle de la situation des biens.

La cour d'appel mixte d'Alexandrie a rendu plusieurs arrêts dans ce sens, nous en reproduirons quelques-uns à titre d'exemple :

« La wakf, pour être irrévocable, n'a pas besoin d'être confirmé, par une décision du cadi en la forme

d'un hodget (wakfieh). La constitution en wakf, faite au moyen d'une déclaration du constituant, reçue en conformité de la délibération du Conseil privé du 6 zilhegga 1283 par le Cadi, en présence du Moudir et des témoins et régulièrement transcrite sur les registres de la Moudirieh, entraîne toutes les conséquences de l'immobilisation propres au wakf, sans qu'il puisse y être dérogé par une vente ultérieure, même en la forme d'un hodget.

« La délivrance du hodget (wakfieh) constitue, dans ce cas, une formalité à laquelle il peut être satisfait postérieurement » (Arrêt du 7 mai 1896, VIII, p. 272).

La cour a même décidé « qu'il importe peu que le constituant d'un wakf ne se soit pas présenté personnellement devant la Mehkemet ; il suffit qu'il ait présenté requête à la Moudirieh aux fins d'immobilisation et que sa requête ait été transmise au Mehkemet, en conformité de la délibération du Conseil privé en date du 1^{er} zilhegga 1283 » (Arrêt du 6 juin 1901 ». B. L. J. XIII, p. 357).

« La constitution d'un bien wakf faite sans conditions ni réserves, et en conformité des prescriptions de la délibération du Conseil privé du 12 zilhegga 1283 est valable, même si la constitution a eu lieu devant une Moudirieh autre que celle de la situation des biens, au cas d'empêchement de se rendre à la Moudirieh de la situation ; le fondateur peut dans ce cas faire sa déclaration à la Moudirieh la plus rap-

prochée de sa résidence. Le défaut de transmission à la Moudirieh de la situation des biens, formalité administrative étrangère au constituant, ne saurait entraîner la nullité de la constitution. L'absence du hodget légal constituant l'établissement du wakf, n'en entraîne pas non plus la nullité ; la déclaration du fondateur, reçue et dûment constatée par un Cadi ayant juridiction en la matière, entraîne à elle seule les effets légaux d'immobilisation propres aux wakfs. Au surplus, les hodgets de wakf, comme les hodgets de vente ou de cession, peuvent être obtenus ultérieurement, même après le décès de l'intéressé, tant que la déclaration se trouve constatée sur le registre de la Moudirieh » (Arrêt du 2 avril 1896. B. L. J. VIII p. 196).

« D'après le décret du 6 zilhegga 1283, la transmission à la Moudirieh, dans la circonscription de laquelle se trouvent les immeubles constitués en wakf, de la copie de la déclaration de constitution, faite à un Mahkama autre que celui de la situation des biens, pour y être enregistrée, incombe non pas à la partie qui constitue le wakf, mais aux autorités qui interviennent dans sa confection. On ne saurait donc rendre la partie responsable de l'omission, par l'administration, de l'accomplissement de 'son devoir » (Arrêt du 30 avril 1890, B.L.J. II, p. 166).

« La mention sur une wakfielh de la date de la transcription est une formalité dont l'omission ne peut être reprochée, ni au nasir, ni aux bénéficiaires

et ne pourrait pas même diminuer la valeur du titre » (Arrêt du 1^{er} avril 1896, B.L. J. VII, p. 188).

3^o *Règlement sur les Mehkémets 17 juin 1880.* —

D'après l'article 15 du règlement sur les Mehkémets du 17 juin 1880, sanctionné par le décret du 9 Kaghab 1297, « tous les cadis d'Egypte peuvent aujourd'hui délivrer des hodgets de wakf et autres, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux de la résidence et ceux de la situation des biens... » Il suffit donc à un individu de comparaître devant n'importe quel Cadi, de faire une déclaration de wakfieh sans qu'il soit même besoin de l'intervention ou de l'autorisation de la Moudirieh.

Ce règlement sanctionné par le décret Khédivial du 9 kagal 1297, se borne à poser cette règle nouvelle sans faire aucune allusion au décret du 6 Zilhegga dont il abroge une partie des dispositions.

Que décider dans ce cas, étant donné qu'il s'agit de formalités longues et onéreuses pour le constituant et qu'il y a lieu, d'autre part, d'appliquer le principe que lorsque les termes d'une loi nouvelle sont en contradiction avec une loi ancienne, cette loi nouvelle abroge les dispositions de la loi ancienne qui se trouvent être contraires aux principes qu'elle énonce ou incompatibles avec eux.

En conformité de ce principe, les auteurs et la jurisprudence sont tombés d'accord pour déclarer que les dispositions du décret khédivial du 6 zilhegga 1283,

contraires aux textes du règlement sur les Mehkemets du 17 juin 1880, sont abrogées par le décret khédivial du 9 Kaghbab 1297.

Calvel qui partage notre opinion à ce sujet nous cite les arrêts suivants :

« La déclaration du constituant devant une Moudirieh, prescrite par la délibération du Conseil privé, sanctionné par décret du 6 zilhegga 1283, n'est plus en vigueur depuis la promulgation du premier règlement sur les Mehkemets en date du 17 juin 1880 (Arrêt du 14 novembre 1907. B. L. J. XIX p. 178).

« La loi territoriale du 24 zilhegga 1283 et les décrets du 19 Gamad awal et 6 zilhegga 1283 réglémentant la constitution des wakfs, ont cessé d'être en vigueur depuis la promulgation du règlement sur les Mehkemets du 17 juin 1880 » (Arrêt du 20 janvier 1916. B. L. J. XXVIII p. 118).

4^o *Décret sur la réorganisation du Mahkama en date du 27 mai 1897.* — Ce décret vient compléter les précédents en introduisant une innovation heureuse. La constitution faite devant le Cadi ou son Masoun doit être transcrite sur les registres de la Mahkama pour pouvoir être opposable aux tiers.

« Depuis la promulgation du décret du 27 mai 1897, un wakf ne peut être valablement constitué à défaut d'un hodget passé devant un Cadi ou son Masoun et transcrit sur les registres d'un Mahkama » (Arrêt du 9 mai 1912, B. L. J. XXIV, p. 337).

« Aux termes de l'article 30 du décret du 27 mai 1897, l'acte constitutif de wakf, pour pouvoir être invoqué en justice, doit être fait devant un Cadi et transcrit sur les registres du Mahkama ; suivant le règlement, sur les Mehkemets du 17 juin 1880, les actes sont passés dans les registres siguil, dont un est spécialement destiné aux hodgets constitutifs de wakf. Est donc inopposable aux créanciers inscrits une constitution de wakf dont la déclaration a été insérée dans le registre Mazbata, mais n'a pas été inscrite conformément aux dites dispositions » (Arrêt du 23 mai 1814. B. L. J, XXVI, p. 391).

« La constitution de biens en wakf n'est opposable aux tiers qu'à partir de sa transcription ; par suite, l'immobilisation est inopérante à l'égard du créancier hypothécaire inscrit antérieurement à la transcription de la wakfieh, même pour ce qui peut lui être dû à titre chirographaire ». (Arrêt du 27 mai 1914 B. L. XXVI, p. 398).

Devant quel Mehkemet cette transcription doit-elle être faite ? Le décret de 1897 passe sous silence ce point important : de là des discussions et des divergences de vues :

Première opinion : Le décret de 1897 étant muet sur ce point, l'on peut, déclarent les partisans de cette opinion, transcrire l'acte devant n'importe quel tribunal, que ce soit celui de la situation des biens ou un autre.

Deuxième opinion : La transcription doit être faite sur les registres du Mehkemet de la situation des biens ; sans cela les intéressés seraient obligés de consulter tous les registres des Mehkemets d’Egypte pour savoir si un bien est wakf ou non.

Cette opinion, qui est la plus logique et qui répond, à notre avis, à l’esprit même du décret de 1897, a été adoptée et consacrée par la jurisprudence.

II. CONDITIONS DE FONDS

Sous cette rubrique nous étudierons en deux parties distinctes les conditions essentielles que doivent présenter le constituant et la chose objet du wakf ; puis nous dirons quelques mots de la perpétuité et du but pieux.

a) Conditions de fonds relatives à la personne même du constituant. — L’article 25 du Code de Kadry Pacha est ainsi conçu « toute personne, homme ou femme, et dans ce dernier cas, mariée ou non, libre, raisonnable, majeure et maîtresse de ses droits, peut, tant qu’elle est en bonne santé, constituer en wakf tout ou partie de ses immeubles ou de ceux de ses meubles susceptibles de devenir wakf, au profit de toute personne, descendante, parente ou étrangère ou bien au profit de n’importe quel but charitable ».

Cet article énumère les différents états de la per-

sonne. Passons en revue cette énumération et étudions la capacité de chaque personne au point de vue qui nous occupe.

1° *L'esclave*. — L'esclave n'a pas de personnalité juridique, il ne peut ni vendre, ni acheter, tout ce qu'il possède appartient à son maître. Il ne peut donc constituer un bien en wakf ; toutefois le maître peut lui confier le droit d'acquérir à titre onéreux ou gratuit ; dans ce cas, les contrats qu'il passe sont valables.

M. Clavel nous parle de certains états de l'esclave, états où il jouit d'une simili-liberté et où par conséquent les constitutions de wakfs par lui faites sont valables :

a) *L'esclave Mokataba*. — L'esclave Mokataba est celui envers lequel son maître s'est engagé à lui donner la liberté, sous la condition que dans une période déterminée, l'esclave arrive à lui verser une certaine somme d'argent. Si au terme fixé, l'esclave s'acquitte de sa dette, tous les actes qu'il a accomplis durant cette période intermédiaire, y compris les constitutions de wakfs, sont valables. Au cas où l'esclave n'arrive pas à acquitter sa rançon, les actes par lui faits sont caducs.

b) *Le Modabar*. — Le Modabar est un esclave qui a obtenu son affranchissement de son maître, affranchissement qui ne produit d'effet qu'à la mort du maître. De l'avis de tous les auteurs, cet esclave peut acquérir et constituer des biens en wakfs.

c) **L'esclave Om walad.** — L'esclave Om walad est celle qui a eu des enfants du maître. Les enfants naissent libres, mais la mère n'acquiert sa liberté qu'à la mort du maître. D'après l'avis des auteurs musulmans, l'esclave ne peut valablement constituer des biens en wakfs que du consentement de son maître.

L'esclavage ayant été aboli par toutes les législations et cette question ne présentant désormais qu'un simple intérêt historique, nous n'insisterons pas davantage à cet égard.

2° *Le Mineur.* — Ne peut constituer un wakf que celui qui est capable de consentir un acte d'aliénation. Logiquement donc, un mineur ne peut valablement constituer un bien en wakf, même avec l'autorisation de son tuteur, qui, de plus, ne peut le faire pour lui.

Cependant certains auteurs enseignent que les wakfs constitués par un mineur ne sont pas nuls ; dans ce cas, disent-ils, on lui applique la règle romaine « Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam lœsus » si donc le mineur a pris la précaution de se désigner comme premier dévolutaire, le wakf est valable, car le mineur ne s'appauvrit pas, il ne se trouve pas être lésé, puisque tout en jouissant de ses biens, il fait une courba, une œuvre agréable à Dieu.

3° *Le furiosus.* — Le fou furieux, le dément ou même le faible d'esprit sont frappés d'incapacité générale. Ils ne peuvent aliéner soit à titre onéreux soit à titre gratuit ; de plus tous les actes qu'ils

accomplissent sont frappés de nullité absolue et ne sont pas susceptibles de confirmation.

Cette incapacité atteint le furiosus alors même qu'il a passé l'acte dans un intervalle lucide, avant, aussi bien qu'après le jugement d'interdiction, la nullité résultant du seul fait de la démence et non du jugement proclamant l'incapacité.

4° *L'ivrogne*. — Que décider au cas où le wakf a été constitué par un individu en état d'ivresse ? Ici, nous nous trouvons en face d'une situation paradoxale : Si l'ivresse est volontaire, le wakf est valable, c'est une pénalité à l'encontre de l'individu qui a désobéi aux injonctions de la loi. Si l'individu s'est enivré par contrainte, ou par nécessité, l'acte est nul.

5° *Le prodigue*. — L'article 26 du Code de Kadry Pacha est ainsi conçu : « Est nulle toute constitution de wakf faite par une personne interdite pour prodigalité ou pour dettes. Cependant la constitution faite par un interdit pour prodigalité, à son profit, au profit de ses descendants et ensuite au profit d'une œuvre charitable, devient valable si elle est approuvée par sentence du juge ».

Le prodigue ne peut faire une disposition à titre gratuit, il ne peut, par conséquent, constituer un bien en wakf. A cette règle l'on a admis un tempérament : la constitution est valable si elle est validée par une sentence du juge. Certains auteurs vont même plus loin et admettent la validité de la wakfieh, alors

même qu'elle n'a pas été homologuée par une sentence du Cadi, au cas où le prodigue s'est désigné comme premier dévolutaire ; dans ce cas, disent-ils, l'annulation de l'acte n'aurait pas sa raison d'être. Le prodigue a été interdit pour ne pas dilapider son patrimoine, or dans notre hypothèse, il fait une bonne opération : tout en ne changeant rien à sa situation matérielle, il fait une œuvre agréable à Dieu, une courba, qui lui assure la gloire due aux élus.

6° *L'interdit pour dettes.* — Celui qui se trouve être sous le coup d'une interdiction pour cause de dettes, ne peut disposer de ses biens et à plus forte raison les constituer en wakfs ; toutefois, il n'est pas nécessaire d'être libre de toute dette pour constituer un wakf. L'article 27 du Code de Kadry Pacha décide à ce sujet : « Il n'est pas nécessaire, pour constituer valablement un wakf, d'être libre de toute dette, il suffit de n'être pas interdit pour cette raison ». Si donc, un débiteur constitue un bien en wakf, cette constitution est valable au cas où son actif excède son passif.

« En conséquence, ajoute l'article 27 du Code de Kadry Pacha, un débiteur peut disposer de tous ses biens en les constituant en wakf ».

Cependant si ce débiteur ne possède aucun autre bien pour payer les dettes antérieurement contractées, et si les créanciers en réclament le paiement en justice, le juge devra annuler le wakf et obliger le débiteur

à vendre tout ou partie du bien constitué pour payer ses dettes.

Dans le cas où une partie seulement du bien constitué suffit au paiement des dettes, l'autre partie continuera à être wakf. Cette opinion a été confirmée par plusieurs décisions de la jurisprudence. A titre de simple documentation, nous nous permettrons de citer quelques arrêts :

« La constitution d'un wakf ne peut être annulée pour le seul motif que le constituant n'est pas libre de toute dette ; malgré les dettes qu'il peut avoir, le constituant peut y procéder, sauf au juge à l'annuler ensuite, s'il ne possédait pas d'autres biens que ceux constitués en wakfs à une date postérieure à celle où les dettes ont pris naissance » (Arrêt du 10 novembre 1910, B. L. J. XXIII, 7).

« Pour apprécier si la constitution d'un bien en wakf a été faite par un débiteur au préjudice et en fraude des droits de ses créanciers, il faut apprécier l'état du patrimoine de ce débiteur à la date de la constitution » (Arrêt du 4 décembre 1913, B. L. J. XXVI, 79).

« L'article 76 du Code civil, aux termes duquel nul ne peut immobiliser son bien à titre de wakf au préjudice de ses créanciers ne peut pas être invoqué par un créancier postérieur à la constitution » (Arrêt du 11 mai 1897, B. L. J. IX, 345).

L'article 76 du Code civil ne peut être invoqué par

les créanciers postérieurs, mais seulement par ceux qui, ayant des droits acquis sur le patrimoine de leur débiteur au moment où il a constitué le wakf, ont éprouvé un préjudice certain du fait de sa constitution » (Arrêt du 6 juin 1917, B. L. J. XXIX, 486).

7° *La femme au pouvoir de son mari.* — L'article 25 du Code de Kadry Pacha, qui n'est en somme que la codification des principes hanafites consacre la capacité de la femme en cette matière : « Toute personne homme ou femme, mariée ou non, peut constituer en wakf tout ou partie de ses immeubles... ». La femme donc, dans le rite hanéfite, qu'elle soit mariée ou libre peut valablement constituer tout ou partie de ses immeubles en wakfs ; toutefois cette théorie très tolérante, n'a pas prévalu dans les pays du Magreb. L'Imam Mabk, mû par un sentiment de protection à l'égard de la femme, limita sa capacité d'aliéner au tiers de son patrimoine.

8° *L'apostat.* — L'apostat est celui qui a renié sa religion. Bien qu'il conserve sa pleine capacité juridique, il ne peut accomplir une courba ou un acte qui le rapproche de Dieu. Non seulement il ne peut constituer ses biens en wakfs, mais ceux qu'il aurait antérieurement constitués sont nuls, alors même qu'il reviendrait plus tard à l'Islamisme.

9° *Le Zoumi ou étranger au pays.* — Le Zoumi est celui qui n'appartient pas à la religion musulmane mais qui réside dans le pays ou qui y est né. La loi

lui reconnaît le droit de constituer ses biens en wakf, tout comme un musulman, mais au profit d'une œuvre considérée comme pie, par la loi musulmane et par la religion à laquelle il appartient.

L'article 87 du Code de Kadry Pacha est ainsi conçu : « Les non-musulmans habitant le pays de l'Islam ne peuvent constituer en wakf que les biens qu'un musulman peut constituer, et le but en faveur duquel ils peuvent constituer en wakf. doit être reconnu agréable à Dieu par les musulmans et par les non musulmans.

Si ce but n'est reconnu agréable à Dieu que par les musulmans seulement ou par les non-musulmans seulement, le wakf ne sera pas valable ».

C'est ainsi qu'il a été décidé : « Est nulle la constitution d'un wakf au profit des prêtres attachés à telle église, parce que ce but n'est pas considéré comme pieux par la religion musulmane ».

Les règles que nous venons d'énoncer s'appliquent également et dans la même mesure aux wakfs constitués par un étranger au pays qu'on dénomme communément sous le nom de « Mostanem ».

10° *Wakfs constitués pendant la dernière maladie.* — Tout d'abord qu'entend-on par dernière maladie ? On entend par dernière maladie, nous disent les auteurs musulmans, celle dont le constituant meurt.

Que décider au cas où cette dernière maladie se prolonge pendant plusieurs années, dans le cas par

exemple de la paralysie ? Il est évident que dans ce cas l'on ne peut considérer comme dernière maladie, celle qui atteint parfois le constituant dès sa naissance et l'on se contente de remonter d'une année à partir de la mort du constituant. Tous les wakfs constitués durant ce laps de temps rentrent dans la catégorie de wakfs constitués en état de dernière maladie et se trouvent être soumis aux règles que nous allons énoncer.

La loi musulmane est très tolérante quand il s'agit de dispositions entre vifs, elle permet à l'homme sain d'esprit d'épuiser son entier patrimoine, par contre elle est très stricte quand il s'agit de dispositions *mortis causa*. Le wakf constitué en état de dernière maladie est assimilé à un testament. La libéralité ne peut donc dépasser le tiers du patrimoine ; de plus, si le bénéficiaire se trouve être héritier, la wakfieh est assimilée à un legs et de ce fait frappée de nullité, la loi musulmane prohibant le legs au profit des successibles. La wakfieh est toutefois valable au cas où elle est ratifiée par les héritiers, alors même qu'elle dépasserait la quotité disponible.

Un exemple nous aidera à saisir la portée des règles que nous venons d'énoncer.

Un homme constitue pendant sa dernière maladie ses immeubles en wakf au profit d'un étranger et meurt laissant d'autres héritiers. Ce wakf est-il valable ? Ce wakf constitué pendant la dernière maladie dont est mort le constituant, est assimilé à un

testament ; il est donc considéré comme valable, mais réductible au 1/3 du patrimoine du constituant au cas où les immeubles ainsi constitués dépasseraient le 1/3 de la succession. Ce wakf est en totalité valable, alors même qu'il dépasserait la quotité disponible, au cas où les dits héritiers, que la loi a voulu protéger, ratifient cette constitution.

11° *Wakfs constitués par les souverains et les princes.*
Pour ce qui est de la constitution des biens en wakfs, faite par les souverains et les princes, il y a lieu de distinguer deux hypothèses.

1° La constitution porte sur des biens leur appartenant en propre, dans ce cas, nous rapportent les auteurs, la constitution est valable.

2° La solution est tout autre au cas où la constitution porte sur des biens appartenant au Bit-el-Mal, c'est-à-dire au trésor. De l'avis de tous les auteurs, ce wakf est nul comme portant sur la chose d'autrui.

« Le wakf d'un bien appartenant au Beit-el-Mal est nul et non avenu, nous déclare Ibn Abdin. Les souverains sont, il est vrai, placés au sommet de la hiérarchie administrative qui gère ces biens, mais cela ne veut nullement dire que ces biens leur appartiennent en propre et qu'ils peuvent en disposer comme ils l'entendent. »

A ce principe les auteurs nous apportent un tempérament, qui, d'ailleurs, à notre avis, n'en est pas un, pour le cas où le souverain dispose d'un bien

appartenant au Beit-el-Mal au profit du peuple ou des pauvres, en le constituant wakf.

Dans cette hypothèse, la constitution est valable, mais le souverain doit, au préalable, devenir propriétaire du dit bien, ne serait-ce qu'en passant un acte d'achat fictif avec le directeur du Domaine public. Cette exception a été rapportée par Ibn Abdin, qui nous cite dans El Esaaf, quelques constitutions de ce genre, faites par le sultan Barbouk, constitutions qui d'ailleurs ont été consacrées par un arrêt récent de la Cour mixte d'Alexandrie en date du 17 avril 1913.

b) Conditions de fonds relatives à la chose habousée. — La constitution d'un bien en wakf est destinée à faire le bien en ce monde afin d'obtenir les grâces qui nous rapprochent de Dieu dans l'autre. Les avantages du wakf sont innombrables. Les Imams et les jurisconsultes se sont trop longuement étendus sur ce point pour que nous ayons besoin d'y revenir.

L'objet du wakf, ce sont les biens. Ibn Abdin nous rapporte, dans El Isaaf, que ces biens doivent consister en immeubles ; toutefois, ajoute-t-il, on peut constituer des meubles en wakfs, mais il faut qu'ils soient de ceux que l'usage a permis d'employer dans ce but.

Quels immeubles peut-on constituer en wakf ? On peut constituer en wakf tous les immeubles quels qu'ils soient, pourvu que l'on en ait la pleine propriété (Rad-el-Mahtar, p. 507).

Que désigne-t-on, en droit musulman, sous cette dénomination d'immeuble ? En droit musulman, l'on désigne sous le nom d'immeuble, la terre avec ou sans constructions et les matériaux qui y sont incorporés ; à l'encontre du droit français, une construction considérée à part, abstraction faite du terrain sur lequel elle est élevée, est considérée comme meuble.

Que décider au cas où l'on constitue une terre en wakf, sans faire mention des constructions et des plantations qui y sont faites ?

Les constructions, les plantations considérées comme accessoires du fonds sont wakfs de par la constitution ; toutefois, la Cour d'appel d'Alexandrie a voulu établir une limite à cette règle et a décidé que seront exclues de cette nomenclature, les constructions qui ne présentent pas ce caractère, qui ont une destination propre et qui sont totalement indépendantes du fonds sur lequel elles sont érigées, telles qu'une usine ou une fabrique (arrêt de la Cour mixte d'Alexandrie, en date du 20 mai 1915). Il en est de même des bestiaux, machines et instruments aratoires attachés à cette terre. Les récoltes sur pieds, les fruits pendants aux arbres, ne sont considérés comme wakfs qu'autant que le constituant le déclare formellement dans l'acte de constitution.

Que décider de l'état d'indivision ? Peut-on constituer en wakf une part indivise dans un immeuble ?

On peut constituer en wakf une part indivise, mais

déterminée dans un immeuble, que cette part soit divisible ou indivisible (Kadry Pacha, art. 50). Cependant tous les jurisconsultes à l'exception d'Abou Joussef, sont d'accord pour admettre que la constitution en wakf d'une part indivise dans un immeuble partageable par nature, n'est valable que si elle est approuvée par le juge (Rad-el-Mehtar p. 516).

Ibn Abdin valide également le wakf d'une part indivise d'un immeuble dans les 3 cas suivants :

1° Si les deux co-propriétaires constituent en wakf, l'immeuble commun et nomment le même administrateur de manière à faire disparaître l'indivision au moment de la constitution et au moment de la livraison de l'immeuble à l'administrateur.

2° Si chacun des co-propriétaires constitue sa part en wakf en vue d'un but différent, mais si ils nomment tous les deux le même administrateur, de manière à faire disparaître l'indivision au moment de la livraison de l'immeuble.

3° Si chacun des co-propriétaires constitue sa part en vue d'un but différent et nomme un administrateur différent, mais si chacun d'eux livre sa part à son administrateur en même temps que l'autre, ou bien si chacun des constituants charge son administrateur de recevoir sa part avec l'autre part, de manière à faire disparaître, au moment de la livraison, l'indivision qui, d'après le jurisconsulte Mahomet, est un empêchement à la validité de la constitution ; dans

ce cas, les deux administrateurs seront comme un seul homme.

D'après Abou Joussef, le wakf est valable, même si chacun des co-propriétaires constitue séparément sa part en wakf et nomme un administrateur spécial auquel il livre séparément cette part.

Même dans ces divers cas, Ibn Abdin suivi de la majorité des auteurs, établit une exception pour les mosquées et les cimetières. Pour ériger un immeuble en mosquée ou en cimetière, il faut commencer par partager le terrain ou pour mieux dire faire cesser l'état d'indivision.

Peut-on constituer en wakf les biens à venir ou ceux frappés d'un droit réel de gage ou d'hypothèque ?

On ne peut immobiliser que les biens sur lesquels on a un droit incontestable de propriété. La chose habousée doit appartenir en propre au fondateur à titre de mulk, elle ne doit faire l'objet d'aucune contestation, en un mot, elle doit être entièrement disponible. En conséquence celui qui n'a pas fini de prescrire, ne peut constituer en wakf, les biens objets de sa possession, car il n'en est pas propriétaire.

De plus, lorsque le constituant n'est plus propriétaire au moment de la constitution, la wakfieh est nulle. Il en est de même du wakf des biens à venir et de celui des biens d'autrui ; le wakf, dit-on, est inexistant comme portant sur la chose d'autrui. Certains auteurs considèrent pourtant comme valable

ce genre de constitution, au cas où dans la suite, le constituant devient propriétaire des dits biens. La constitution est alors considérée comme un simple vœu qui se trouve être réalisé, dès que le constituant acquiert la propriété des dits biens.

En ce qui concerne les biens frappés d'un droit réel immobilier, il faut faire une distinction entre les biens qui sont l'objet d'un gage immobilier et ceux qui sont frappés d'une simple hypothèque.

1^o *Biens objet d'un gage immobilier.* — Le gage immobilier présente certaines particularités en droit musulman : l'immeuble donné en gage doit être remis au créancier ou à une tierce personne désignée par lui, autrement, dit-on, le gage ne présente aucune efficacité. Le créancier gagiste a le droit de retenir l'immeuble jusqu'au complet paiement de sa créance. Que décider d'un pareil wakf ?

Certains auteurs s'appuyant sur le fait que le bien objet du wakf doit être entièrement disponible, déclarent nulle la constitution de ce genre de bien, l'immeuble, disent-ils, ne répondant pas à cette condition primordiale.

A notre avis, cette solution est erronée. La constitution en wakf d'un bien donné en gage n'est pas nulle, car le gage n'éteint pas le droit de propriété. La constitution n'est pas frappée de nullité, elle est simplement éventuellement annulable au cas où le constituant ne possède pas d'autres biens ; le juge

vend alors le dit bien, indemnise les créanciers et remploie le reste, s'il y a lieu, à l'achat d'un autre immeuble wakf.

Au cas où le débiteur possède d'autres biens que celui qu'il a donné en gage, la wakfieh est valable, les créanciers seront indemnisés sur la vente des dits biens.

Par un arrêt du 14 mars 1907, le tribunal mixte d'Alexandrie a déclaré que le seul fait d'avoir donné un bien en gage ne rend pas radicalement nul le wakf constitué postérieurement, mais laisse toujours aux créanciers personnels du constituant le droit de poursuivre l'expropriation de ce bien, s'il est établi que le wakf a été constitué en fraude de leurs droits et que le débiteur, ne possédait pas d'autres biens.

2° *Les biens frappés d'une simple hypothèque.* — La constitution en wakf de ce genre de biens n'est pas nulle, elle est simplement annulable au cas où les créanciers discutent les biens du débiteur.

Wakf des meubles. — Nous avons dit plus haut que le wakf avait pour objet des immeubles, que décider du wakf des meubles.

Comme nous le verrons bientôt, l'une des conditions essentielles à la validité de l'institution est la perpétuité, le wakf temporaire n'est pas admis ; or il n'y a que les immeubles qui présentent ce caractère de perpétuité. Les meubles de par leur nature étant sujets à perte et à détérioration, ne peuvent remplir

à perpétuité le but auquel ils sont affectés. Aussi le wakf de ce genre de biens n'est-il en principe pas admis ; toutefois dans l'intérêt des pauvres l'on apporta à cette règle quelques tempéraments.

Le wakf de certains meubles est non seulement admis, mais même supposé être réalisé automatiquement de par la constitution, pour les arbres et pour les constructions érigées sur un terrain que l'on constitue en wakf. Pour ce qui est du wakf des instruments aratoires et des animaux attachés au sol, comme nous l'avons vu plus haut, il est admis pourvu que le constituant le déclare expressément ; ce genre de meubles est alors considéré comme immeuble par destination.

Kadry Pacha consacrant la coutume hanafite, va plus loin et permet la constitution en wakf des armes, des chevaux de guerre et même de toute espèce de meubles faisant habituellement l'objet du commerce et que l'on a l'habitude de constituer en wakf, tels que les cercueils, les châles et tous les objets qui servent à l'ensevelissement des morts, les marmites et autres ustensiles en cuivre ou en poterie qui servent aux ablutions.

L'usage a établi, dans certains pays, la possibilité de constituer en wakf les monnaies, les céréales et autres marchandises qui se vendent au poids ou à la mesure, ainsi que les vêtements pour les pauvres. Dans les pays où ce genre de constitution est admis, les sommes d'argent provenant de la vente des mar-

chandises ainsi constituées, doivent être employées dans un commerce et les bénéfices en provenant doivent être utilisés dans le but indiqué par le constituant.

Les céréales devront être prêtées aux cultivateurs pauvres pour êtreensemencées, à charge par eux d'en restituer une pareille quantité après la récolte, pour être de nouveau prêtée à d'autres cultivateurs. Les vêtements doivent être prêtés aux pauvres pour s'en servir pendant l'hiver.

Les meubles dont la constitution en wakf n'est pas admise par l'usage, tels que les animaux autres que les chevaux et chameaux, les bestiaux qui ne peuvent être constitués qu'accessoirement à une terre, les meubles meublants, hors ceux nécessaires aux mosquées, ne peuvent pas être constitués en wakf. Les livres sont des meubles que l'usage permet de constituer en wakf au profit des mosquées, des écoles et des étudiants (Ral el Mahtar, p. 518).

III. LA PERPÉTUITÉ

Comme condition indispensable à la validité de l'institution, se trouve l'immobilisation à titre définitif.

Que décider si le constituant stipule qu'il immobilise ses biens pour une période déterminée, un mois ou une année ?

De l'avis de la majorité des auteurs, la wakfieh n'est pas nulle, l'on ne tient, simplement, pas compte de cette limitation de temps. La constitution ne serait nulle que si le constituant se réservait expressément le droit de disposer de la chose à l'expiration du délai fixé. Bien que cette solution ne fasse pas le moindre doute, l'on trouve pourtant, à certaines époques, des décisions qui non seulement valident des constitutions temporaires de wakfs, mais même qui encouragent ce genre de donations.

Si l'on parcourt attentivement les recueils de jurisprudence, l'on s'aperçoit que ces décisions ne sont pas très nombreuses et qu'elles coïncident avec des périodes d'épidémie ou de misères publiques. Les magistrats pour arrêter le fléau du mal n'hésitèrent pas à valider et même à encourager le wakf temporaire qu'ils savaient être contraire à l'essence même de cette institution.

IV. LE BUT PIEUX

Une des conditions essentielles à la validité du wakf, celle au sujet de laquelle les Imams et les jurisconsultes sont tous tombés d'accord, est que le constituant accomplisse une courba, un acte charitable qui le rapproche de Dieu. En somme, c'est le but pieux à défaut duquel le wakf est nul.

Nous avons vu qu'au début de l'institution, les

biens étaient immédiatement dévolus à l'œuvre pie et ce n'est qu'à la mort de Mahomet, dans le seul but d'étendre l'institution et ce par pure tolérance, qu'on permit au constituant de conserver ses biens, tout en les immobilisant ou de désigner des dévolutaires intermédiaires qui en auraient leur vie durant, la jouissance et à la mort desquels les biens devraient revenir à l'œuvre pie.

Le but pieux doit-il être expressément formulé et l'œuvre pie doit-elle être nommément désignée ?

A notre avis, il suffit que l'affectation dernière des biens revienne à une œuvre pie, il n'est pas nécessaire que cela soit fait d'une façon précise et déterminée, pourvu que l'intention se dégage nettement de la formule employée. Si donc, la formule employée était la suivante : « Je constitue tel immeuble au profit de mon enfant et ensuite de ses propres enfants », le wakf selon Abou Zeid, est nul, car il eut fallu ajouter pour que le wakf soit valable »... et ensuite aux pauvres ».

Nous avons vu que le Zoumi ou étranger à la religion musulmane peut valablement constituer une wakfieh dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles qu'un musulman ; toutefois l'œuvre pie, dernier dévolutaire, doit être considérée comme telle par la religion musulmane et par la religion à laquelle il appartient. L'immobilisation d'un bien par un chrétien au profit d'une mosquée est nulle, car un temple musulman n'est pas considéré comme

œuvre pieuse par la religion chrétienne. Il en est de même d'un wakf au profit d'une église, car ce but n'est pas considéré comme pieux par la religion musulmane.

Tout autre est le cas d'un wakf constitué par un chrétien ou par un musulman au profit des pauvres chrétiens ou musulmans attachés à une église ou à une mosquée déterminée ; dans ce cas, la wakfieh est valable, car le but pour lequel elle est constituée est considéré comme pieux par la religion chrétienne aussi bien que par la religion musulmane, les deux religions ne faisant aucune distinction entre les pauvres, qu'ils soient attachés à telle religion ou à telle autre.

Nous avons parlé longuement de l'œuvre pie sans en avoir donné une définition. Qu'entend-on par œuvre pie, au point de vue musulman ? Les docteurs de l'Isman enseignent que l'œuvre pie est toute œuvre pieuse ou agréable à Dieu. Ils nous donnent pour exemple une institution ayant trait au culte de la divinité, telle qu'une mosquée ou une œuvre de secours aux malades et aux pauvres, telle qu'un hôpital ou un asile. Ces indications ne sont pas limitatives, bien entendu, et nous pouvons mettre sur la même ligne, toute œuvre qui présente un des caractères sus-énoncés.

Le but pieux est si essentiel en droit musulman que, si après la constitution, il vient à ne plus être rempli,

l'immobilisation disparaît ; le bien redevenant libre, passe aux héritiers du constituant qui se le partagent suivant la loi successorale coranique.

Ceci dit, que décider des wakfs algériens constitués au profit des villes saintes de la Mecque et de Médine ?

Nous rappellerons, à cet égard, qu'ainsi que nous l'avons exposé plus haut, après la conquête, le Gouvernement français par une simple ordonnance, s'attribua les dotations, alors très nombreuses des dites villes.

Les wakfs constitués antérieurement à cette ordonnance subsistent-ils toujours ou se trouvent-ils être infirmés par le seul fait du changement de l'affectation pour laquelle ils étaient constitués ? Les wakfs constitués postérieurement à cette ordonnance sont-ils valables ou même existants ?

Nous avons déjà vu qu'une des conditions essentielles à la validité de la constitution est que l'immobilisation soit établie au profit d'une œuvre pie, charitable ou humanitaire. Nous avons ajouté que ce but est si essentiel que, si après la constitution il vient à ne plus pouvoir être rempli, l'immobilisation disparaît ; le bien redevenant libre est attribué aux héritiers du constituant qui se le partagent suivant les règles du droit successoral coranique.

Dans la question qui nous intéresse, le wakf est valable tant que le but pour lequel il est constitué peut être rempli, mais du jour où l'Etat français s'est

attribué les dites dotations, l'affectation change et le wakf tombe. L'immobilisation disparaissant, les biens devaient revenir de plein droit aux héritiers du constituant. Il en fut autrement dans la pratique ; les dits wakfs subsistent toujours et ceux constitués après la dite ordonnance sont toujours valables. Comment expliquer pareille solution ?

C'est ce que nous examinerons dans une annexe au présent ouvrage.

V. LE CONSTITUANT DU WAKF

a) **Pouvoir du constituant.** — La loi a laissé au constituant toute liberté d'action. Sa volonté fait loi en la matière et toutes les clauses qu'il édicte doivent être observées. Kadry Pacha dans son article 98, s'exprime de la manière suivante : « La personne qui constitue un wakf, peut imposer dans l'acte de constitution toutes conditions qu'elle désire, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux règles du wakf et qu'elles ne soient pas de nature à rendre l'acte annulable ».

La volonté du constituant faisant loi, il peut édicter toutes les conditions qui lui paraissent utiles, pourvu, toutefois, que ces conditions ne soient pas contraires à l'essence ou même à l'intérêt du wakf.

Quelques exemples nous éclaireront à ce sujet.

1^o Le constituant, après avoir constitué son bien

en wakf à son profit, puis au profit de Zeid et de Amr; stipule dans l'acte de constitution le droit de vendre le dit bien et d'en utiliser le prix dans son propre intérêt. Que décider de pareille clause ?

Bien que la volonté du constituant fasse autorité et doive toujours être respectée, la loi ne lui a pas reconnu le droit d'aller à l'encontre des règles fondamentales et d'ébranler ainsi la base même de cette institution. Dans l'exemple qui nous occupe, cette clause de vente est contraire à l'essence même du wakf, qui est essentiellement inaliénable. Vouloir reconnaître au constituant pareil droit serait porter atteinte aux règles fondamentales du wakf et compromettre le sort même de cette institution ; aussi la majorité des auteurs se prononce-t-elle en faveur de la nullité, non seulement de pareille clause, mais aussi de la constitution elle-même. (Arrêt de la Cour Mixte d'Alexandrie, en date du 3 avril 1895).

Que décider au cas où une condition valable ou même utile au début devient par la suite nuisible et même dangereuse pour l'existence du wakf ? L'article 99 du Code de Kadry Pacha nous donne la réponse à cette question :

« Toute condition contraire à la prospérité du wakf ou aux intérêts des bénéficiaires de ce wakf doit être considérée comme nulle ».

Comme exemple nous citerons le cas où le constituant, comptant que son immeuble augmentera de

valeur, au cours des temps, stipule qu'on ne pourra louer le dit bien que par baux de courte durée, qui ne dépasseraient pas un an et ce, afin de profiter de l'augmentation des loyers. Cette condition utile au début devient dans la suite inapplicable, le nasir (1) ne trouvant pas à louer l'immeuble, déjà vieilli et nécessitant sans cesse des réparations, pour une si courte durée. Que décider alors qu'une pareille clause ?

Bien que nous ayons dit plus haut que la volonté du constituant fait loi et que toutes les clauses qu'il édicte doivent être respectées, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de passer outre à la condition posée. Le Cadi, autorisera le nasir à passer un bail de longue durée et bien qu'il contrevienne aux clauses édictées par le constituant, il ne fera, à notre avis, que se conformer à son intention probable, le constituant en édictant pareille clause n'ayant eu en vue que l'intérêt même du wakf. Il en est de même si le constituant stipule l'inamovibilité du nasir. Le Cadi passe outre à ces prescriptions, au cas où l'administrateur se révèle incapable.

b) **Interprétation des clauses de la wakfieh.** — La volonté du constituant fait loi : « Les clauses de la wakfieh doivent être interprétées en s'en tenant strictement au sens grammatical des mots et des expressions qu'elles contiennent, sans qu'il soit permis

(1) Ou administrateur.

d'y déroger sous prétexte d'interprétation » (Clavel).

La jurisprudence enseigne cependant ; que lorsqu'une clause est ambiguë ou lorsque la validité d'une stipulation donne lieu à controverse, il appartient aux tribunaux de trancher la question ; toutefois, si les parties ont interprété elles-mêmes la clause ambiguë par le mode d'exécution qu'elles ont adopté pendant un certain nombre d'années, si elles ont ainsi indiqué comment elles entendaient trancher la controverse, le juge doit voir là un accord tacite et maintenir l'état de choses préexistant.

Quelles règles doivent suivre les tribunaux quant à l'interprétation en question ?

Les tribunaux doivent s'en tenir au texte. Si le texte est ambigu et qu'on trouve dans l'acte d'autres indications qui expriment l'intention du constituant, on doit interpréter le texte selon ces indications.

S'il se trouve deux conditions absolument contradictoires, la dernière sera considérée comme ayant annulé la première et sera en conséquence exécutée. Si les deux conditions ne sont pas absolument contradictoires, on devra chercher à les concilier et à les exécuter toutes les deux, si c'est possible.

On devra en tous cas, tenir compte de l'intention du constituant et cette intention peut s'interpréter par les usages établis (Kadry Pacha, art. 102).

Clavel dans son ouvrage du wakf ou Habous, s'appuyant sur l'idée d'El Ikbah, nous dit : « En cas

d'opposition de deux clauses, l'une tendant à faire profiter quelques-uns des descendants et l'autre à les exclure, il faut admettre la première, car elle est, sans doute, plus conforme à l'intention du constituant. Cette réserve n'a pas prévalu et avec juste raison, car il se peut, comme l'a dit Clavel lui-même, que le but du constituant en immobilisant son bien soit, non seulement d'accomplir une courba, mais aussi d'éluder la loi successorale ; dans ce cas vouloir faire profiter les descendants au cas où en édictant une seconde clause, il a eu en vue de les exclure, serait aller à l'encontre de son intention et même de sa volonté.

c) **Le constituant peut-il se désigner comme premier bénéficiaire.** — Au début de l'Islam, l'on exigea, comme condition essentielle à la validité du wakf le dessaisissement immédiat du constituant au profit de l'œuvre pie, alors seule bénéficiaire. Plus tard, dans le seul but d'étendre l'institution, on lui reconnut le droit de nommer des bénéficiaires intermédiaires qui viendraient en concurrence ou successivement.

Les hanafites allèrent plus loin et lui reconnurent le droit de conserver la jouissance de son bien, tout en faisant une courba, tout en l'immobilisant et pour ne pas induire les tiers en erreur sur la nature de sa possession, ils exigèrent alors une décision du magistrat et la transcription de cette décision sur les

registres de la Mahkémét. C'est dans ce sens que s'exprime Kadry Pacha dans son art. 103 ainsi conçu : « La personne qui constitue une terre en wakf peut valablement en réserver les produits pour elle, sa vie durant et ensuite pour ses enfants et descendants et à leur extinction, pour les pauvres. Elle pourra en conséquence profiter des rentes de son wakf tant qu'elle vivra... ».

Allant plus loin dans la voie des concessions, l'on permit au constituant de revenir ultérieurement sur certaines clauses, suivant les besoins du moment, par l'insertion de ce qu'on a improprement appelé les dix conditions.

d) Les 10 conditions. — Cette expression, devenue de style dans la plupart des wakfiéhs hanafites, réserve au fondateur ou à tout autre personne par lui désignée, les droits suivants :

1^{er} al Ziada ; 2^e al noksan ; 3^e al idkhal ; 4^e al ikh-rag ; 5^e al iata ; 6^e al herman ; 7^e al tafdil ; 8^e al takhsis ; 9^e al tabdid ; 10^e al istibdal.

Première et deuxième conditions : Al Ziada et al noksan. — C'est le droit qui est reconnu au constituant de revenir ultérieurement sur la constitution et, à l'encontre des conditions déjà posées, d'augmenter ou de diminuer la part de certains bénéficiaires au détriment ou à l'avantage des autres.

« Celui qui constitue un bien en wakf au profit de

personnes déterminées et ensuite au profit des pauvres, peut se réserver le droit de donner toutes les rentes de ce bien à celle d'entre elles qu'il lui plaira. Dans ce cas, il aura droit de la faire pour un temps déterminé ou indéterminé, il pourra aussi donner cet avantage successivement à chacun des bénéficiaires.

« Mais une fois qu'il aura pris une décision dans ce sens, il ne pourra pas la changer, comme aussi, il ne pourra pas décider que tous les bénéficiaires nommés dans l'acte de constitution seront exclus du wakf.

« Si le constituant meurt avant d'avoir établi de privilège, les rentes profiteront à tous les bénéficiaires. Il en serait de même si le bénéficiaire privilégié mourait et si le constituant mourait ensuite, avant d'avoir institué un autre privilège ; les rentes devraient alors être partagées également entre les survivants » (Kadry Pacha, art. 124).

Le constituant n'aura aucun des droits ci-dessus mentionnés, s'il ne se les est expressément réservés dans l'acte de constitution. Si, dans cet acte, il s'est réservé ces droits, s'il meurt avant ou après les avoir exercés, la wakf continuera à exister tel qu'il était au moment de sa mort. L'administrateur qui sera nommé ensuite ne pourra exercer aucun de ces droits, à moins que le constituant n'en ait disposé autrement dans l'acte de constitution.

Le constituant, tant qu'il sera en vie, pourra aussi exercer tous les droits qu'il aura accordés à l'administrateur, même s'il n'en a fait aucune réserve pour lui-même, dans l'acte de constitution. Après sa mort, l'administrateur exercera les pouvoirs qui lui ont été réservés dans l'acte de constitution. Il ne pourra ni céder cet exercice à d'autres, ni l'accorder par testament. Le constituant peut aussi décider que l'administrateur n'exercera ces pouvoirs que tant qu'il sera lui-même en vie. Après la mort du constituant, l'administrateur ne pourra plus les exercer.

Troisième et quatrième conditions : el idkhal et el ikhrag. — C'est le droit que s'arroe le constituant d'appeler ou d'exclure certains bénéficiaires.

Celui qui constitue un bien en wakf, nous dit Kadry Pacha, au profit de personnes déterminées, peut se réserver, dans l'acte de constitution, d'exclure une ou plusieurs d'entre elles ou d'introduire de nouveaux bénéficiaires.

Mais s'il apporte une seule de ces modifications, il ne pourra plus en faire d'autres ; par exemple, s'il désigne un nouveau bénéficiaire, il ne pourra plus l'exclure et s'il en exclut un, il ne pourra plus lui rendre sa part dans les bénéfices.

Toutefois, il pourra se réserver dans l'acte de constitution, le droit d'apporter toutes les modifications de ce genre, qu'il voudra et autant de fois

qu'il le voudra pendant sa vie. S'il meurt sans apporter de modification, les rentes seront acquises définitivement à toutes les personnes indiquées dans l'acte.

Si le constituant ne s'est réservé que le droit de nommer de nouveaux bénéficiaires, il ne pourra faire aucune exclusion parmi les personnes désignées dans l'acte, mais il pourra introduire toute personne qu'il voudra riche ou pauvre, pour un temps déterminé ou indéterminé.

Si le constituant meurt, sans avoir fait usage du droit qu'il s'est réservé dans l'acte de constitution, les rentes seront acquises définitivement à toutes les personnes désignées dans l'acte.

Cinquième et sixième conditions : el iata et el herman.
El iata c'est le droit que se réserve le fondateur de disposer d'une somme d'argent ou d'une partie des revenus au profit de certaines personnes qu'il désignera.

El herman c'est le droit que possède le constituant de révoquer la libéralité faite.

Toutes les règles que nous avons indiquées au sujet d'el idkhal et d'el ikhrag, se rapportent et s'adaptent également à ces deux conditions.

Septième et huitième conditions : al tafdil et al takhsis. — Al tafdil n'est autre que la faculté reconnue au constituant de préférer un ou plusieurs bénéficiaires à d'autres. Cette clause donne simple-

ment au constituant le droit d'avantager certains bénéficiaires au détriment des autres, sans pouvoir, toutefois, les exclure.

Al takhsis permet également au constituant d'avantager certains bénéficiaires au détriment des autres, tout comme dans la clause précédente, avec cette différence que lorsque le constituant a stipulé cette dernière condition, il peut non seulement avantager certains bénéficiaires, mais aussi en exclure quelques-uns au détriment des autres.

Neuvième et dixième conditions. — Al tabdil et al istebdal. — Ab tabdil c'est le droit d'échanger l'immeuble contre un autre immeuble de même nature.

Al istebdal n'est autre que le droit de vendre à charge de emploi.

Celui qui constitue une terre, une maison ou une boutique en wakf, nous dit Kadry-Pacha, peut se réserver dans l'acte de constitution le droit de l'échanger ou de le vendre et de le remplacer par un autre bien qui deviendra wakf. Il peut aussi se réserver le droit de le vendre sans dire qu'il emploiera le prix en provenant à l'achat d'un autre immeuble qui deviendra wakf, cette dernière condition étant toujours sous-entendue.

Dans tous les cas, le constituant a le droit d'échanger le bien constitué contre un autre bien ou de le vendre et d'acheter avec le prix en provenant, un autre bien qui sera wakf, même si le bien vendu ou

échangé est d'un bon rapport. L'immeuble acquis remplacera le premier et deviendra wakf de plein droit, par le fait même de son achat, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle constitution. Il sera régi par les dispositions de l'acte de constitution déjà existant.

Le constituant n'a le droit de faire un second échange du bien échangé que s'il s'est formellement ou implicitement réservé le droit de le faire toutes les fois qu'il le désirera.

Lorsque l'acte de constitution accorde à l'administrateur du wakf la faculté d'échanger ou de vendre le bien constitué et de le remplacer par le bien acquis, cette disposition est valable tant que le constituant est en vie. Pour que l'administrateur puisse faire l'échange ou la vente après la mort du constituant, il faut une disposition expresse dans l'acte de constitution. Le constituant, tant qu'il est en vie, a le droit d'échanger le bien wakf, toutes les fois qu'il a accordé ce droit à une autre personne, même s'il ne se l'est pas réservé pour lui-même.

Comme nous l'avons dit plus haut, ces conditions ont été improprement appelées les dix contitions, car elles se répètent et peuvent se résumer en trois ou quatre.

CHAPITRE III

LES BÉNÉFICIAIRES DU WAKF

Nous consacrerons, dans ce chapitre, un paragraphe spécial à chacune des questions suivantes :

- a) Au profit de qui le wakf peut-il être constitué ?
- b) Acceptation du wakf.
- c) Bénéficiaires de certains wakfs particuliers.
- d) Peut-on exclure ses enfants, garçons ou filles, de la dévolution ?
- e) Nature et étendue des droits des bénéficiaires.
- f) Que décide-t-on lorsque la constitution porte sur des maisons ?
- g) Le droit des bénéficiaires est-il cessible et saisissable ?
- h) Comment prend fin le droit des bénéficiaires.

HISTORIQUE

Au début de l'Islam, le wakf était immédiatement dévolu à l'œuvre pie, but et fin même de l'institution. Le wakf ne comportait alors aucune personne in-

termédiaire l'œuvre pie était l'unique bénéficiaire des biens ainsi constitués, ce qui ne présentait aucune difficulté et simplifiait la tâche du juge en cas de contestation.

Il en est autrement de nos jours, où, à part l'œuvre pie, dernier dévolutaire, le constituant peut, non seulement se désigner lui-même comme premier dévolutaire, mais aussi nommer à la dévolution de ses biens toute une série de personnes, sans être astreint à aucune règle qui limiterait sa volonté et même sa fantaisie.

a) **Au profit de qui le wakf peut-il être constitué ?** — Tout individu, capable de posséder, peut être désigné comme dévolutaire et la loi étend cette capacité aux enfants à naître, à toute la descendance.

« La liberté de désignation, nous dit Clavel, est à peu près illimitée, surtout dans le rite hanafite.

« Donc toute personne, l'homme aussi bien que la femme, capable de posséder, peut être désignée pour l'usufruit d'un bien wakf. Le constituant ne se trouve être astreint à aucune règle à ce sujet, si ce n'est l'acte de bienfaisance, l'œuvre pie, la courba qui rapproche de Dieu.

En quoi consiste cet acte de bienfaisance, cette œuvre pie, cette courba ?

Kadry Pacha dans son article 270, nous en donne une idée : « Sont considérés comme actes de bien-

faisance la construction d'hôtelleries pour les voyageurs et de maisons à la Mecque pour le logement des pèlerins ; la construction sur les frontières et aux ports de mer de forts et de casernes pour les soldats ; le creusement de puits ; la création d'écoles et de logements pour les étudiants ; la distribution d'eau à ceux qui ont soif ; la construction de réservoirs pour y abreuver les animaux ; la construction de ponts, de digues et de routes, etc, etc... et la constitution de wakfs pour l'entretien de ces bonnes œuvres.

Parmi les œuvres de piété les plus honorables, il faut compter la création d'hospices pour les fous, d'hôpitaux pour les malades et les infirmes et la constitution de wakfs pour l'entretien de ces établissements, l'achat de médicaments et le paiement des honoraires des médecins.

Il est à remarquer que cette énumération n'est pas limitative : toute œuvre présentant un caractère pieux ou humanitaire peut être désignée au bénéfice d'un wakf, alors même qu'elle ne se trouve pas comprise dans la dite énumération.

b) **Acceptation du wakf.** — L'acceptation du wakf ne constitue pas une condition essentielle pour sa validité et le wakf existe du jour de la constitution. Toutefois l'acceptation est requise dans le wakf ahly ou coutumier : les bénéficiaires intermédiaires, ceux

au profit desquels le wakf est constitué, doivent accepter le wakf, sinon le bénéfice du wakf passe directement à l'œuvre pie, dernier dévolutaire.

La loi n'impose, d'ailleurs, aucune règle quant à l'acceptation, aucune forme ou formule sacramentelle n'est requise. Le seul fait de toucher les revenus du wakf emporte acceptation tacite. Il n'en est pas de même du refus, ce dernier ne se présument pas et la loi exigeant une déclaration expresse. Il est à noter que celui qui a refusé le bénéfice d'un wakf ne peut plus revenir sur son refus, alors que celui qui a accepté, peut toujours, quand bon lui semble, refuser le bénéfice qui lui est dévolu.

Que décider en cas de refus du wakf par un bénéficiaire ?

Le refus du bénéficiaire ne peut porter atteinte à la constitution elle-même : dans ce cas, le bénéfice est dévolu au suivant et dans le cas de plusieurs bénéficiaires appelés à la fois, la part de celui ou de ceux qui refusent va à celui ou à ceux qui ont accepté. Si tous refusent, le wakf est alors dévolu à l'œuvre pie.

c) Bénéficiaires de certains wakfs particuliers. —

1^{re} *Le wakf au profit des Haraméines.* — Il est de pratique courante dans les pays de l'Islam de désigner au profit du wakf « les Haraméines » qui ne sont autres que les mosquées de la Mecque et de Médine.

Quel est le sort de ce genre de wakf ?

En Egypte, cette pratique est encore courante et ce genre de wakf est toujours admis ; mais en réalité que se passe-t-il ? Nous savons qu'en Egypte l'administration des wakfs a été érigée en Ministère qui centralise tous les revenus des wakfs et pourvoit au but pour lesquels ils ont été institués. Pour ce qui est des wakfs au profit des Hameines, le Gouvernement égyptien se contente d'envoyer annuellement une certaine somme d'argent, qui est en réalité de beaucoup inférieure à celle qui doit leur revenir. Pour notre compte, nous ne pouvons que louer pareille mesure. Les dites mosquées ne savent que faire des richesses qui leur parviennent de toutes parts, alors qu'en Egypte, aujourd'hui, beaucoup plus qu'autrefois, la pauvreté et l'indigence fauchent une bonne partie de la population urbaine.

Que se passe-t-il en Algérie ?

Nous avons vu que lors de la conquête de ce pays, la France s'est attribué les dotations au profit de ces villes. Comment donc expliquer la constitution journalière de ce genre de wakf et surtout la survivance des wakfs anciennement constitués ?

Il est de principe en droit musulman que lorsque le but pour lequel le wakf a été constitué vient à ne plus pouvoir être rempli, le wakf devient caduc, le bien redevenant libre, retombe dans le patrimoine du constituant.

Dans le cas qui nous occupe, non seulement le

but du wakf ne peut plus être rempli, mais même le wakf est attribué au conquérant, au Zoumi. Il devait, par conséquent, en toute logique, être frappé de nullité, car le dernier dévolutaire a été changé et le nouveau but auquel il est affecté est un but impie, un but pour lequel on ne peut constituer aucun wakf. Toutefois, l'on explique la survivance de ce genre de wakf en disant que l'Etat français ne s'approprie pas ces biens personnellement, mais ne fait que gérer les dits biens dont les revenus sont utilisés au profit des pauvres et des œuvres d'utilité publique.

2) *Le wakf au profit des vertueux parmi les parents pauvres du constituant ou au profit des plus indigents parmi eux.* — Le wakf au profit des vertueux parmi les parents pauvres du constituant ou au profit des plus indigents parmi eux est valable, nous dit Kadry Pacha.

Dans ce cas, les parents indigents du constituant, chastes et pudiques, au-dessus de tout reproche, de bonne conduite, ennemis du mal, qui s'abstiennent des boissons, qui ne sont pas médisants ni menteurs et ceux qui marchent dans la voie du bien et de la vertu, en bénéficient.

Au cas où le wakf est institué au profit des parents indigents et après eux des pauvres en général, les revenus sont distribués aux parents indigents, excepté les enfants mineurs des parents riches, qui

bien qu'indigents sont considérés comme riches en raison de la fortune de leur père et de leur mère. Ces enfants étant mineurs sont, en effet, à la charge des dits parents et ne peuvent, par conséquent, être compris parmi les indigents.

Il en est de même du cas où les dits parents sont pauvres, mais se trouvent avoir des enfants riches, car dans ce cas, des aliments leur sont dus par leurs enfants riches.

Ek Khassaf étudiant cette question, ajoute : « Tel est le principe admis par les disciples, selon moi, il faudrait faire bénéficier de ce wakf, tous ceux-là, alors même que des aliments leur seraient dus par qui de droit, étant donné qu'on a le droit de profiter de la charité, alors même qu'on a une maison, un domestique et des meubles modestes. Enfin, je n'admets pas qu'un pauvre soit riche par la fortune d'autrui et cela est si vrai que le Prophète, lui-même a dit : « Chacun est le seul maître de ses biens. »

3) *Le wakf au profit des pauvres parmi les voisins.* — Que comprend-on sous cette rubrique de voisins ? Doit-on considérer comme voisins ceux qui habitent la même maison, la même rue, le même quartier ou la même ville ? La différence, comme on le voit, peut être grande, de là des controverses interminables.

Selon Abou Hahifa les revenus reviennent aux

voisins pauvres dont les maisons sont contigues à celle du constituant.

Mahomet et Abou Joussef vont plus loin et enseignent que les revenus d'un pareil wakf doivent être distribués à tous les pauvres de la commune qu'habite le constituant.

Cheik Zofar nous donne une solution fantaisiste. « Les revenus, dit-il, sont partagés entre tous les pauvres sans distinction, hommes ou femmes, esclaves ou libres, musulmans ou non musulmans. »

A notre avis, l'usage fait loi, l'on doit distribuer les dits revenus suivant l'usage des lieux.

Que décider au cas où le constituant change de demeure et se fixe dans un autre quartier, une autre ville ou un autre pays ?

Ici tous les auteurs sont unanimes et nous donnent la même solution. Si le constituant change de demeure pour aller dans une autre commune ou une autre ville et s'il y prend une maison pour son habitation, la destination des revenus est modifiée par le changement de demeure.

Les revenus sont alors distribués à ses voisins actuels au moment du partage et ainsi de suite, chaque fois qu'il change de maison, jusqu'à l'époque de sa mort, époque à laquelle les revenus doivent se fixer au profit de ceux qui sont alors ses voisins.

4) *Le wakf au profit des orphelins, des veuves et des vierges.* — Le wakf fait au profit des orphelins est

valable et tous ceux dont les père et mère meurent les laissant dans l'indigence, sont appelés à en profiter.

L'orphelin qui se trouve remplir les conditions requises et qui est, de ce fait, admis au bénéfice d'un wakf, profite-t-il éternellement, sa vie durant, de l'aumône qui lui est ainsi attribuée ? Non, nous disent les auteurs, aussitôt que les symptômes physiques qui caractérisent l'état de puberté se vérifient chez lui, on l'exclut du partage, l'orphelin n'étant considéré comme tel que jusqu'à la puberté.

Le wakf au profit des veuves en général ou des veuves parmi les membres de telle famille, profite aux personnes qui remplissent ces conditions au jour de la constitution et qui se trouvent dans l'indigence.

La vierge, en droit musulman, est toute fille avec laquelle on n'a pas cohabité ni par suite de mariage, ni autrement, alors même qu'elle serait mariée.

Au cas de wakf constitué au profit des vierges, sans aucune désignation, toutes en profitent, la jeune et la vieille, la riche aussi bien que la pauvre.

Dans toutes les hypothèses, que nous avons indiquées ci-dessus, le wakf est valable si les personnes au profit desquelles la constitution a été faite sont « nombrables » ; si ces personnes sont « innombrables », le wakf profite immédiatement aux pauvres ou à l'œuvre pie désignée par le constituant.

Qu'entend-on par le terme de « nombrable » ?

D'après Mahomet, les bénéficiaires du wakf sont « nombrables » lorsque leur nombre ne dépasse pas dix, Abou Joussef va jusqu'à cent.

Etant donné le grand écart entre les nombres donnés par les deux disciples, l'on ne peut souvent se prononcer sur la validité de la constitution, au cas où le nombre des bénéficiaires est supérieur à dix et inférieur à cent. Que décide-t-on dans ce cas ?

Ici encore, comme dans l'hypothèse précédente, l'usage des lieux fait foi.

d) Peut-on exclure ses enfants, garçons ou filles de la dévolution ? — Etant donné que le wakf ne fait pas partie du statut successoral et qu'il ne comporte pas, d'autre part, un statut nouveau, le constituant peut non seulement constituer ses biens en wakf au profit de tel ou tel héritier ou de tel ou tel groupe d'héritiers à l'exclusion des autres, mais aussi, il peut appeler à la dévolution de ses biens des personnes qui lui sont totalement étrangères, à l'exclusion, même de ses héritiers en ligne directe.

Cette doctrine est unanimement admise.

L'Imam Malek suivi par Abou Khalif décide, cependant, que le constituant ne peut exclure du bénéfice du wakf ses filles, au cas où il a nommé à l'usufruit du dit wakf ses enfants mâles. La doctrine de l'Imam Malek a fixé la jurisprudence en Algérie, et cette dernière décide que les filles seront appelées à

l'usufruit des biens wakfs, en même temps que les garçons, alors même que le constituant les aurait expressément exclues.

e) Nature et étendue du droit des bénéficiaires. — Avant d'analyser le droit des bénéficiaires et pour mieux faire ressortir son étendue, il serait très utile de déterminer celui du nu-propriétaire, c'est-à-dire celui de l'œuvre pie.

Droit du nu-propriétaire

Le wakf transmet à l'œuvre pie un droit immédiat de nue-propriété qui se transforme en pleine propriété au décès des bénéficiaires désignés. C'est un jus in rem.

Lorsque la consolidation se produit, le bien reste toujours hors du commerce tant que le but peut être rempli.

Le nu-propriétaire, en vertu de son droit réel, doit intervenir dans tous les actes qui auraient pour but de modifier ce droit, tel que le contrat de Hecre, igaratim ou Houloul el entifaa, que nous verrons plus loin. La conséquence en est que si ces contrats sont passés sans son agrément, ils ne peuvent lui être opposés. Si donc, en vertu de ces contrats, un bâtiment est érigé sur le sol wakf, il peut le faire démolir et demander que le sol soit remis en son état primitif. Chaque fois que le droit du nu propriétaire est mis en péril, il a le droit d'intervenir.

Droit des bénéficiaires

Le droit des bénéficiaires est-il un droit réel ou un droit personnel ?

Tout d'abord qu'entend-on par droit réel et par droit personnel ?

Nous pouvons opposer le droit réel au droit personnel et dire que le droit réel est celui qui porte sur la chose, tandis que le droit personnel n'est autre qu'un droit de créance, un droit d'obligation.

Le droit personnel présente encore un autre sens, il signifie : droit propre à celui qui l'exerce.

Droit personnel veut dire aussi : droit exclusivement attaché à la personne qui l'exerce et non susceptible d'être cédé.

Ces notions sommaires une fois données, que décider au sujet de la nature du droit des bénéficiaires ?

Nous avons vu que le *walk* produit un démembrement de la propriété, la nue-propriété allant directement à l'œuvre pie, tandis que l'usufruit est dévolu aux bénéficiaires intermédiaires, au décès desquels, il revient à l'œuvre pie, but même de l'institution. C'est donc un droit d'usufruit et par conséquent un droit de jouissance sur une chose avec faculté de la suivre en quelques mains qu'elle se trouve, c'est un *jus in rem*.

Nous passons sous silence le système d'après lequel

le droit des bénéficiaires ne constituerait qu'une dette à laquelle serait astreinte l'œuvre pie, véritable propriétaire de par la constitution même. Cette solution conduirait à méconnaître le démembrement qu'opère la constitution d'un wakf.

La question ne présente aucune difficulté pour le bénéficiaire actuel, il en est autrement pour l'appelé éventuel, le bénéficiaire sous condition suspensive. Bien des opinions ont été émises sur la nature de ce droit ; toutefois la jurisprudence paraît se fixer sur un système logique consistant à considérer ce droit comme émanant directement de la volonté du constituant et prenant naissance à l'instant même où cette volonté s'est manifestée.

Bien que ce droit soit éventuel, il n'en constitue pas moins un droit sur la chose avec les avantages résultant de sa nature même, notamment le droit d'assurer la conservation du bien et de le suivre en quelques mains qu'il se trouve.

Le dévolutaire intermédiaire est appelé *proprio jure* en vertu d'un droit qu'il tient directement du constituant. Il n'est pas l'héritier du précédent bénéficiaire ; en conséquence, il n'est pas tenu des dettes de ce dernier, à moins que ces dettes n'aient été régulièrement contractées dans l'intérêt et au profit du wakf (Arrêt du 6 juin 1889. B. L. J. I., p. 238 et arrêt du 8 mai 1890 B. L. J. II, p. 169 ; de même arrêt du 26 avril 1893, B. L. J. V, p. 204). Les dites dettes doivent donc être

personnelles à l'ascendant bénéficiaire et non relatives au wakf même, elles ne doivent pas avoir été faites par exemple pour son entretien ou sa réparation. Dans ce dernier cas le bénéficiaire ne peut rien toucher des revenus qu'après le paiement de ces dettes (Arrêt du 20 juin 1916, B. L. J. XXVIII, 436).

Il en est de même de tout acte de disposition qu'un bénéficiaire antérieur aurait consenti au sujet des revenus et qui dépasserait les limites de son terme de jouissance. Cet acte est inopposable aux bénéficiaires subséquents, sauf dans le cas où ils seraient intervenus en se portant garants solidaires du disposant à l'acte de disposition. Dans ce cas, les dévolutaires postérieurs sont obligés non en qualité d'ayants droit de leur prédécesseur mais en vertu de leur engagement personnel (Arrêt du 10 mai 1894, B. L. J. VI. 280).

*Comment les bénéficiaires acquièrent-ils les revenus
du wakf ?*

Le bénéficiaire acquiert le revenu jour par jour et ne peut en exiger le paiement qu'aux échéances déterminées dans le contrat.

Que décider au cas où les loyers sont payables d'avance ? Les bénéficiaires peuvent-ils les réclamer au nasir ? Sinon, que deviennent ces fonds pendant le temps qui s'écoule entre l'encaissement et l'échéance ?

Les bénéficiaires ne peuvent réclamer que les loyers échus, alors même que le paiement aurait été fait d'avance entre les mains du nasir. Celui-ci est entièrement libre, il peut les conserver ou les déposer entre les mains d'une personne de confiance, au cas où ils seraient plus en sûreté que chez lui. Il peut aussi les remettre aux bénéficiaires, mais à ses risques et périls au cas où l'un des bénéficiaires encaisserait sa part des revenus d'avance et viendrait à mourir. Le dévolutaire postérieur a le droit de demander au nasir sa part dans les revenus, du jour de son entrée en jouissance, alors même que le nasir aurait quittance du précédent bénéficiaire, qui se trouve avoir encaissé ce qui ne lui était pas dû.

f) **Que décide-t-on lorsque la constitution porte sur des maisons ?** En Algérie où les bénéficiaires administrent par eux-mêmes, la loi leur reconnaît le droit d'habiter l'immeuble. Dans les pays où l'administration des biens est dévolue à un nasir, le bail au profit des bénéficiaires est valable s'il est régulièrement fait par le nasir.

Kadry-Pacha s'exprime de la façon suivante dans son article 81 : « Lorsqu'une maison est constituée en wakf en vue du rapport, aucun des bénéficiaires ne pourra y habiter sans payer de loyer. Si l'un d'eux ou le mari de l'une d'elles le fait, il devra payer un loyer égal à celui des maisons semblables.

En tout cas l'administrateur aura le droit de la louer à qui il voudra ».

Lorsqu'il y a plusieurs bénéficiaires leur jouissance doit être égale ; au cas où l'un d'eux occupe plus que sa quote part, il doit le loyer de la partie dépassant son attribution.

Si l'un des bénéficiaires se refuse à user de son droit, il ne peut réclamer aucune indemnité alors même que ses co-bénéficiaires occuperaient à eux seuls l'immeuble tout entier.

Les réparations d'entretien doivent être faites des deniers des occupants ; c'est la contre-partie de leur jouissance. Au cas où ils se refusent à faire les avances nécessaires, le cadi peut les expulser, louer l'immeuble et utiliser le loyer en provenant à remettre les biens en leur état primitif.

g) **Le droit des bénéficiaires est-il cessible et saisissable ?** — Le droit du bénéficiaire dans l'usufruit est disponible et cessible sans avoir à demander le consentement du nasir (Arrêt du 9 juin 1914. B. L. J. XVI, 320).

Un arrêt, plus récent, en date du 24 octobre 1917 confirme le précédent : « aucun texte de loi ne déclare incessibles les revenus d'un wakf ».

Les deux arrêts précités ne font d'ailleurs que confirmer la règle générale : l'usufruit est toujours cessible.

Kadry Pacha, dans son article 378, confirme égale-

ment la règle énoncée : « Le bénéficiaire qui a des dettes peut donner mandat à son créancier de toucher sa part des revenus qui se trouve entre les mains de l'administrateur. Il peut aussi la lui céder ».

Dans les premières années de l'Hégire, la cession était entourée d'une certaine solennité que nous résumons sommairement : Le bénéficiaire se présentait devant le magistrat et déclarait que le véritable usufruitier était bien la personne sur la tête de laquelle elle voulait faire passer son bénéfice. Acte était alors dressé de cette déclaration, puis le déclarant se rétractait. A ce moment intervenait une tierce personne, nommée en général par le cadi et qui s'opposait à la rétractation. Sur ce procès fictif le cadi rendait sa décision.

Le bénéfice dans un wakf étant cessible, il est par conséquent saisissable. Les procédés diffèrent suivant que les bénéficiaires jouissent par eux-mêmes, comme en Algérie, ou que l'administration est confiée à un nasir comme en Egypte. L'on sait que la loi musulmane n'admet pas qu'on puisse, pour n'importe quelle raison, entraver la gestion du nasir. Dès lors, le seul moyen est l'opposition entre ses mains tant sur les revenus échus que sur ceux à échoir.

h) Comment prend fin le droit des bénéficiaires ? —

1^o Par la renonciation du bénéficiaire. Nous avons amplement traité cette question plus haut et nous croyons inutile d'y revenir.

2° Par le décès du bénéficiaire. Dans ce cas la jouissance est dévolue au bénéficiaire subséquent désigné dans la wakfieh et non à l'héritier du bénéficiaire actuel.

3° Par l'apostasie du bénéficiaire ou du constituant. L'apostat est hors la loi, l'on peut non seulement s'approprier ses biens, mais aussi le saisir et le tuer. Nous avons vu supra qu'au cas où le constituant renie sa religion, la constitution tombe d'elle-même et par conséquent les bénéficiaires se trouvent de ce fait privés du bénéfice du wakf et ce, alors même que le constituant reviendrait plus tard à l'islamisme.

Il en est de même du cas où le bénéficiaire renie sa foi ; dans ce cas, à l'encontre du précédent, son apostasie n'affecte pas la constitution elle-même, mais bien son droit au bénéfice, qu'il perd du fait même de son apostasie.

4° Par la cessation de l'état en vue duquel le bénéfice du wakf était accordé. Tel est le cas d'un mineur ou d'un orphelin, qui doit le bénéfice d'un wakf dont il jouit, à son état et qui atteint l'âge de la puberté.

5° Par l'accomplissement ou l'inaccomplissement d'une condition visée par le constituant, dans le cas, par exemple, d'un individu marié à qui le constituant accorde le bénéfice d'un wakf, sous réserve expresse qu'il ne divorce pas.

6° Par la perte de l'objet du wakf ; dans ce cas le wakf devient caduc.

CHAPITRE IV

L'ADMINISTRATION DU WAKF

Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacune des questions suivantes :

a) Le nasir ou administrateur. Conditions qu'il doit remplir.

b) Nomination du nasir.

c) Du mandat et de la transmission des pouvoirs de l'administrateur.

d) Révocation du nasir.

e) Salaire du nasir.

f) Pouvoirs du nasir.

g) Obligations du nasir.

h) Du louage des biens wakfs.

i) Les contrats de quasi aliénation.

a) Le nasir ou administrateur. Conditions qu'il doit remplir. — L'administration du wakf est attribuée à un nasir ou administrateur. Le nasir est communément appelé Metwalli ou Kaïm.

Nul ne peut être nommé administrateur d'un wakf

s'il n'est fidèle et capable de gérer les biens qui en font partie, personnellement ou par mandataire.

L'administrateur du wakf doit être sage et majeur. Il n'est pas nécessaire qu'il soit libre ou musulman. Ainsi l'esclave peut, en principe, être chargé de l'administration d'un wakf, mais il ne pourra exercer cette administration que s'il devient affranchi. La nomination d'un non musulman à l'administration d'un wakf est valable au cas où il s'agit du wakf zoumi ; dans le cas contraire, le nasir doit embrasser l'islamisme sous peine d'être destitué par le juge.

Nous avons dit plus haut que l'administrateur doit être majeur et capable de gérer ses biens par lui-même. Cette règle est claire et logique : l'on ne peut confier des biens dont le revenu doit revenir aux pauvres et aux indigents, à quelqu'un qui n'est pas apte à les administrer et que la loi protège contre lui-même en lui adjoignant un administrateur pour ses propres biens.

Que décider au cas où l'administration a été confiée à un mineur ? El Cheik-ebn-el-Chalabi a établi que la nomination de l'enfant (mineur) comme nasir n'est pas valable ; il se fonde sur ce qu'on peut compter sur une femme possédant les qualités requises, mais non sur un enfant qui ne peut remplir ces fonctions ni comme nasir indépendant, ni en collaboration avec un autre. Dans el Ichbah comme dans Manzumat Ibn Wahban, on trouve pourtant le contraire :

« L'enfant peut être nommé tuteur et nasir, et le cadi le fait représenter par un individu majeur jusqu'à la majorité de l'enfant. »

Ibn Abdin fait remarquer que Ibn Wahban n'a pas dit comme il est relaté plus haut « et nasir », mais que l'auteur d'el Ichbah a ajouté ces deux mots, en raison de l'assimilation du nasir au tuteur dans la plupart des cas.

La vérité est que cette nomination ne peut être valable ; cependant, de l'avis de tous les auteurs, il est fait exception à cette règle, au cas où cette nomination est faite par le constituant lui-même. La volonté du constituant fait loi, dit-on, elle doit donc être respectée dans la mesure du possible. L'on maintient cette nomination et l'on adjoint au mineur un administrateur ou plutôt l'on confie l'administration à une personne capable jusqu'à la majorité.

Il est à noter qu'à part ces restrictions, qui sont édictées d'ailleurs dans l'intérêt même du wakf, la loi ne prévoit aucune déchéance, aucun empêchement quant à la nomination au poste d'administrateur ; la femme donc, aussi bien que l'homme, l'aveugle de même que le clairvoyant, peuvent y être appelés.

b) Nomination du Nasir. — En matière de wakf, il n'existe pas d'administrateur légal comme en matière de tutelle. Le nasir est en général nommé par le constituant au moment même de la constitution. A cette

règle, il est fait exception dans le cas où le constituant n'a pas nommé, de son vivant, un administrateur. Il est alors censé se réserver cette fonction.

Le nasir nommé à l'administration d'un wakf par le constituant est considéré comme un simple mandataire ; aussi s'il vient à mourir, le constituant aura le droit de nommer son remplaçant, il pourra même le destituer, de son vivant, alors même qu'il l'aurait déclaré inamovible et qu'aucune faute grave ne lui incomberait quant à l'administration.

Le mandat du nasir prend fin par la mort du constituant, à moins que ce dernier ne l'ait nommé pendant sa vie et pour après sa mort.

L'exécuteur testamentaire nommé par le constituant a le même droit que le constituant lui-même. Il peut non seulement se réserver l'administration des biens personnellement ou en concours avec l'administrateur ou les administrateurs nommés par le constituant, mais aussi il a le droit de nommer le nasir au cas où cette nomination n'était pas encore faite. Il peut même destituer l'administrateur nommé par le constituant et en nommer un autre, ou nommer à son tour un exécuteur testamentaire, au cas où le constituant lui a accordé ce droit.

Il est bien entendu que si le constituant défend expressément à l'exécuteur testamentaire de s'occuper de l'administration du wakf par lui constitué, administration qu'il a confiée à un nasir, l'exécuteur

testamentaire ne pourra, pour une raison ou une autre, s'immiscer dans l'administration du dit wakf.

Le constituant aussi bien que l'exécuteur testamentaire qui nomme une personne à l'administration du wakf pour sa vie durant et qui décide que la dite personne restera en fonction même après la mort de son mandant, peut aussi nommer la personne qui succèdera à cet administrateur. Il peut même indiquer plusieurs administrateurs qui se succéderont l'un à l'autre. Dans ce cas, l'administrateur ne pourra nommer dans son testament, pour lui succéder, que la personne même qui a été désignée par le constituant ; s'il en nomme une autre, cette nomination n'est pas valable.

Que décider au cas où le nasir n'a pas été nommé par le constituant ou l'exécuteur testamentaire ? Nous avons vu plus haut qu'en matière de wakf, il n'existe pas d'administrateur légal et que c'est d'ordinaire le constituant ou son exécuteur testamentaire s'il en nomme un, qui procède à la nomination du nasir et qui pourvoit à son remplacement. Qu'advient-il au cas où cette nomination n'a pas été faite ? Le wakf serait-il abandonné à lui-même ? Dans le cas contraire, quelle est la personne qui procédera à la nomination de l'administrateur ?

En droit musulman, le juge ou cadi, en dehors de ses fonctions religieuses et judiciaires, est considéré comme le représentant des pauvres, des indigents et

des incapables. Personne autre que lui ne se trouve donc être mieux placé pour procéder à cette nomination. Aussi dans le cas qui nous occupe, le juge nomme-t-il un administrateur d'office ? La loi va plus loin et lui accorde des pouvoirs beaucoup plus étendus en cette matière ; elle lui permet, en effet, d'aller à l'encontre de la volonté du constituant et de destituer le nasir nommé par ce dernier, alors même qu'il aurait été déclaré inamovible, au cas où l'administrateur se montre au-dessous de sa tâche.

Que décider au cas où le constituant a décidé que son wakf sera administré par le plus capable des bénéficiaires ou de ses plus proches parents ? Si le constituant décide que son wakf sera administré par celui de ses descendants qui en sera capable ou bien par le plus capable de ses descendants ou des bénéficiaires, l'administration sera confiée par le juge à celui d'entre eux qui lui paraîtra avoir cette qualité qu'il soit du sexe masculin ou du sexe féminin.

L'administrateur nommé de cette manière gardera l'administration, même si après sa nomination, un des autres descendants prouve qu'il est capable de gérer le wakf.

Il en est autrement au cas où le constituant décide que l'administration sera confiée au plus vertueux ; dans ce cas l'administrateur nommé perdra l'administration s'il est reconnu qu'un autre descendant ou bénéficiaire est plus vertueux que lui. La doctrine,

d'accord avec la jurisprudence, décide cependant qu'il faut qu'un certain laps de temps se soit écoulé depuis la première nomination pour permettre au nouveau prétendant de prouver sa vertu.

La capacité étant une qualité inhérente à la personne, l'administrateur nommé en raison de sa capacité n'a pas le droit de déléguer, pendant sa dernière maladie l'administration à une autre personne. Dans le cas où il l'aurait déléguée, on ne tiendrait aucun compte de cette nomination et l'administration, conformément aux dispositions du constituant, devrait passer à celui des bénéficiaires qui serait déclaré le plus capable.

Administrateur nommé par le juge.— De ce qui précède il résulte que le juge a la haute main en la matière qui nous occupe. Il juge de la capacité ou de la vertu des personnes appelées à l'administration, nomme la personne qui lui paraît apte à remplir cette fonction, destitue l'administrateur par lui nommé au cas où il se montre indigne ou incapable et peut même aller à l'encontre de la volonté du constituant, dans tous les cas où l'intérêt du wakf est en jeu.

Que décider au cas où le juge meurt ? L'administrateur par lui nommé restera-t-il en fonction ? Le nasir n'étant qu'un mandataire, son mandat prend fin par la mort de celui qui l'a désigné. Dans le cas qui nous occupe, le nasir reçoit ses pouvoirs, son mandat, du juge ; le juge mort, le mandat de l'ad-

ministrateur devrait logiquement expirer du jour de la mort du mandataire.

Il en est autrement cependant et l'administrateur nommé par le juge continuera à exercer ses fonctions même si le magistrat qui l'a nommé meurt ou est destitué. La nomination de l'administrateur par le juge n'est pas considérée comme l'attribution d'un mandat, mais bien comme un jugement et il est de principe constant que le jugement ne peut être infirmé ou perdre sa force par la mort ou la destitution du magistrat qui l'a rendu.

Quelles règles devra suivre le juge quant au choix de l'administrateur ?

Le juge devra tout simplement se conformer à l'intention du constituant au cas où elle ressort expressément de l'acte constitutif du wakf. Dans le cas contraire, il doit se conformer à l'intention probable du constituant.

Il devra, dans tous les cas, s'abstenir de donner l'administration des wakfs à un étranger à la famille du constituant, tant qu'il se trouvera dans cette famille une personne capable d'exercer cette administration, même si elle n'est pas bénéficiaire et même si le wakf n'est pas constitué au profit des parents du constituant, par exemple, s'il l'est au profit d'une mosquée ou d'une école.

Si le juge nomme un étranger, ajoute Kadry-Pacha et si ensuite l'un des descendants du constituant de-

vient capable, le juge devra lui confier l'administration.

c) **Du mandat et de la transmission des pouvoirs de l'administrateur.** — La personne nommée à l'administration d'un wakf peut administrer par elle-même ou par mandataire. Le mandataire ainsi nommé pourra faire tous les actes rentrant dans les attributions du nasir. Il restera en fonction jusqu'à sa révocation par le mandant ou jusqu'au décès de ce dernier. Il ne pourra exiger du wakf aucun salaire ; toutefois, le mandataire peut lui allouer personnellement une partie de son traitement.

Le nasir qui peut administrer par un mandataire, peut-il nommer un autre administrateur de son vivant ou après sa mort ? Lorsque le constituant donne à l'administrateur du wakf un pouvoir général, par exemple, si en le nommant, il lui accorde le droit de faire tout ce qu'il peut faire lui-même ou de nommer son successeur pendant sa vie ou pour après sa mort, cet administrateur aura le droit de nommer seul un administrateur à sa place pendant sa vie ou pendant sa dernière maladie et cette nomination n'aura pas besoin pour être valable, d'être approuvée par le juge. Dans ce cas, l'administrateur ne fait qu'user du droit que lui a conféré le constituant.

Il en est autrement au cas où sans y être autorisé, le nasir nomme, de son vivant, son successeur ; cette

nomination n'est pas valable à moins d'être ratifiée par le juge. A cette règle, il est fait exception au cas où la nomination est faite pendant la dernière maladie, dont meurt le nasir.

Kadry Pacha, dans son article 164, décide :

« L'administrateur qui n'a pas de pouvoirs généraux, peut déléguer ses pouvoirs pendant sa dernière maladie, comme l'exécuteur testamentaire peut transmettre par testament sa charge à une autre personne ».

Kadry Pacha ajoute dans le même article : « ... Mais tant qu'il sera en état de santé, il ne le pourra faire qu'avec l'approbation du juge.

L'administrateur peut-il se désister de son droit au profit d'un tiers ? La loi reconnaît à l'administrateur le droit de se désister de sa fonction même au profit d'un tiers, mais ce désistement n'est alors considéré que comme une simple démission. Il s'en suit que la personne en faveur de laquelle il est fait, ne sera pas investie de la fonction par le seul fait du désistement c'est-à-dire par la volonté du désistant, il faudra qu'elle soit agréée et nommée par le juge. Ce magistrat peut seul donner cette investiture et il ne le fera que si la personne présentée par l'administrateur remplit les conditions nécessaires pour exercer la fonction à laquelle elle est appelée.

Il est à noter que le juge a le droit de refuser cette nomination et peut même nommer une autre personne de son choix, alors que la première remplit

toutes les conditions voulues, s'il pense que l'intérêt du wakf l'exige (Rad el Mehtan, p. 534).

Que décider au cas où l'administrateur reconnaît à une autre personne le droit d'administrer ? Lorsque l'administrateur nommé par le constituant reconnaît à une tierce personne le droit d'administrer le wakf avec lui, cette reconnaissance sera valable à l'égard de cet administrateur seulement, elle n'aura aucun effet à l'égard d'aucune autre personne.

Dans les annotations de Al Fataoui el Hamedieh, nous trouvons un exemple très intéressant à ce sujet, exemple que nous croyons utile de rapporter ici pour la compréhension de ce que nous venons d'exposer.

Si le wakf a deux administrateurs, nous rapporte l'auteur d'El Fataoui el Hamedieh, et si l'un d'eux reconnaît à un tiers le droit d'administrer seul, cette reconnaissance n'aura aucun effet à l'égard de l'autre administrateur qui conservera l'administration avec le tiers, au profit duquel la reconnaissance a été faite, tant que ce dernier et l'administrateur qui l'a reconnu sont vivants.

A la mort de l'administrateur qui a fait la reconnaissance, celle-ci cessera ses effets. le tiers reconnu devra se retirer et sa place reviendra à la personne désignée dans l'acte de constitution.

A la mort du tiers reconnu, l'administration du wakf ne reviendra pas de droit à l'administrateur qui a fait la reconnaissance, le juge la confiera à celui des

bénéficiaires qui lui paraîtra le plus digne, comme aussi il peut la rendre au déclarant, au cas où il le juge utile.

d) Révocation du Nasir. — Il est inutile de rappeler que le constituant a le droit de révoquer le nasir pour quelque raison que ce soit. Il n'en est pas de même du cadi, qui ne doit avoir en vue que l'intérêt du wakfet qui ne peut révoquer le nasir sans motif sérieux, tel qu'incapacité, mauvaise gestion, perfidie, etc

Il est de règle que le nasir révoqué reste en fonction et que les actes accomplis par lui demeurent valables, jusqu'à la notification à lui faite de sa révocation.

Le cadi a le pouvoir de destituer le nasir nommé par le constituant, alors même que celui-ci l'aurait déclaré inamovible. Il a même le droit de destituer le constituant lui-même au cas où ce dernier s'est réservé la gérance, lorsqu'il compromet par sa mauvaise gestion l'existence, ou la prospérité du wakf. Le constituant n'est plus propriétaire, le bien étant définitivement sorti de son patrimoine du jour de la constitution. Il n'est qu'un simple administrateur gérant la chose d'autrui et à ce titre, susceptible d'être destitué.

La question s'est posée de savoir si le nasir de plusieurs wakfs, révoqué de sa fonction quant à l'administration d'un wakf déterminé, doit aussi l'être

pour les autres biens.* Les auteurs musulmans sont affirmatifs sur ce point ; l'immoralité ou la mauvaise gestion, nous disent-ils, sont générales et non relatives à une gestion déterminée. Le nasir doit donc être destitué de l'administration de tous les biens qu'il gère et ne peut plus être réintégré dans sa fonction, alors même que plus tard il prouverait être revenu à une meilleure conduite.

Outre la révocation qui est définitive, le nasir, en cas d'empêchement, peut déléguer ses fonctions à un mandataire de son choix ou être provisoirement remplacé par un administrateur nommé par le cadi. La personne ainsi désignée n'administre les biens qu'au nom et pour le compte du nasir.

e) **Salaire du nasir.** — Le nasir a-t-il droit à un salaire ? L'affirmative ne fait pas de doute.

Lorsque le salaire est fixé par le constituant, on s'en tient à cette fixation, alors même que le salaire serait en disproportion avec l'importance de la gestion. Dans ce cas, les émoluments de l'administrateur ne sont pas considérés comme un salaire mais bien comme une participation dans les bénéfices du wakf.

Le cadi, qui n'a pas le droit de réduire le salaire fixé par le constituant, peut au contraire l'augmenter, dans le cas où il serait notoirement inférieur à ce qui serait dû à l'administrateur, en égard à l'importance de la gestion.

Au cas où le constituant nomme un nasir sans lui fixer un salaire, comme au cas où le metoualli est nommé par le cadî, ce dernier fixe les émoluments qui sont dus, en se basant sur les usages des lieux. Le salaire de l'administrateur de ce genre de biens est en général fixé au dixième des revenus.

Il y a eu de grandes divergences de vues sur le point de savoir si le salaire doit être évalué au dixième des revenus nets ou bruts. Un arrêt de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie, en date du 5 janvier 1915 a fixé la jurisprudence sur ce point :

« L'administration des wakfs a le droit, en tant que nasira provisoire, de retenir 10 % des revenus bruts à titre d'indemnité de sa gestion, alors même qu'elle serait aussi séquestre judiciaire du wakf ».

Cet arrêt n'a fait, d'ailleurs, que confirmer la coutume en pays hanafite.

Le traitement accordé par le juge à l'administrateur n'est acquis que si celui-ci travaille lui-même à l'administration du wakf ; s'il ne fait rien, si par exemple il envoie les bénéficiaires toucher eux-mêmes les revenus échus, il n'a droit à aucun traitement.

Il en est de même pour l'administrateur qui a été révoqué pour cause légale ; il perd son droit au salaire à moins que le constituant n'ait stipulé dans la wakfiéh que son salaire lui sera servi, sa vie durant, alors même qu'il serait révoqué.

Que décider au cas où, par suite d'une incapacité

quelconque, le nasir vient à ne plus pouvoir remplir sa fonction ?

Si le nasir par suite d'une incapacité quelconque vient à ne plus pouvoir remplir sa fonction d'administrateur, il perd, de ce fait, ses droits aux émoluments qui lui sont attribués, à moins que le constituant n'ait stipulé le contraire ; dans ce cas, l'on s'en tient à ses prescriptions.

L'administrateur qui est atteint d'une maladie incurable, telle que la cécité ou la mutité, conservera ses honoraires, si malgré ce malheur, il peut administrer les biens qui lui sont confiés. Il ne lui sera rien alloué s'il ne peut les administrer.

f) Pouvoirs du nasir. — Le nasir, est vis-à-vis des tiers, le seul représentant légal du wakf quant aux actes d'administration. Les bénéficiaires eux-mêmes n'ont pas le droit de s'immiscer dans sa gestion. Ils n'ont droit qu'aux revenus et tout ce qu'ils peuvent faire, en cas de mauvaise gestion, c'est de demander à l'autorité supérieure son remplacement ou sa destitution.

Le nasir doit conserver les biens à lui confiés, dans leur propre état, c'est-à-dire dans l'état où il les a trouvés au moment de son entrée en fonction. Il doit donc pourvoir aux dépenses nécessaires et ne distribuer aucun revenu avant d'avoir fait face à toutes les dépenses d'entretien ; sinon il peut être contraint

de les faire de ses propres deniers, abstraction faite de la destitution dont il est toujours passible.

Le nasir n'étant qu'un simple administrateur ne peut engager ni les biens, ni leurs revenus, il ne peut par conséquent ni vendre ni emprunter ; toutefois, en cas d'absolue nécessité, par exemple pour pourvoir à des réparations urgentes, au cas où le fonds menace ruine, le cadi peut l'autoriser à emprunter.

Le nasir peut-il emprunter sans l'autorisation du cadi, au cas où le constituant lui a reconnu ce droit ?

Bien qu'en la matière, la volonté du constituant fasse loi, la clause par laquelle il autoriserait le nasir à emprunter est, de l'avis de tous les auteurs, considérée comme nulle, car emprunter suppose le cas échéant, aliéner, les créanciers ayant le droit de faire vendre l'immeuble en cas de non paiement à l'échéance

L'emprunt fait après autorisation préalable du cadi, peut-être stipulé avec intérêt ?

Cette question, très controversée par les anciens docteurs, qui prohibaient le prêt à intérêt, ne l'est plus de nos jours où ces stipulations sont reconnues comme régulières dans les différents pays de l'Islam.

Qui est-ce qui représente le wakf en justice en cas de procès ?

Le nasir représente, bien entendu dans les limites de sa capacité, tous les bénéficiaires ; par voie de conséquence, les décisions rendues à son encontre leur sont opposables, alors même qu'ils n'auraient pas pris

part à l'instance. Ils ne peuvent, non plus, former tierce opposition.

Le nasir, simple administrateur, ne peut défendre à une action qui dépasserait en fait ses pouvoirs d'administrateur ou qui mettrait en danger l'existence du wakf. Toute reconnaissance par lui faite est nulle et de nul effet, à moins qu'elle ne profite au wakf, dans ce cas elle est valable.

Comment se fait-il donc qu'en une instance intéressant l'existence du wakf, l'on ne trouve que le nasir pour y défendre ? Est-ce à dire que c'est lui qui représente les parties ? Nous venons de voir, supra, que le nasir ne peut défendre à une pareille action. Qui donc représenterait les intéressés ? Ici encore nous nous trouvons en face de considérations étrangères à nos vues, considérations toutes particulières au droit musulman. Le cadi n'est pas seulement un simple juge chargé de statuer sur les différends qu'on lui soumet, il est en même temps le représentant des absents, des pauvres et des incapables. En dehors de ses fonctions judiciaires, il est officier public et magistrat de l'ordre administratif, il a la haute tutelle des biens en deshérence et des wakfs. C'est à lui seul qu'il appartient d'autoriser les actes qui dépassent la capacité du nasir.

Dans le cas qui nous intéresse, le nasir représente les bénéficiaires dans la limite de sa capacité, le juge représentant le constituant défunt, les bénéficiaires

futurs, l'œuvre pie, en même temps que les bénéficiaires actuels pour ce qui excède cette capacité.

g) **Obligations du nasir.** — Des données qui précèdent, il résulte que les obligations du nasir se résument de la façon suivante :

1^o Le nasir doit exécuter fidèlement la volonté du constituant ;

2^o Il doit administrer les biens confiés à ses soins et veiller à leur conservation ;

3^o Il doit percevoir les revenus et les distribuer aux bénéficiaires après avoir acquitté toutes les charges ;

4^o Il doit rendre compte de sa gestion.

Première obligation. — Le nasir doit exécuter fidèlement la volonté du constituant.

Le nasir n'est qu'un simple mandataire, il tient ses pouvoirs de la personne même du constituant et se trouve être le continuateur de cette même personne après la mort du constituant.

Ce dernier, en immobilisant un bien, édicte les règles qui devront être suivies quant à son administration. Le nasir doit se conformer à ces règles, à cette volonté, sinon il est considéré comme infidèle et doit être destitué.

Deuxième obligation. — Il doit administrer les biens confiés à ses soins et veiller à leur conservation.

Le nasir doit administrer le wakf confié à ses soins en bon père de famille. Il doit, en outre, veiller à sa

conservation. Tout dommage causé au wakf par suite de sa négligence ou de sa faute grave peut non seulement entraîner sa déchéance mais aussi sa responsabilité.

Quelle est la limite des pouvoirs du nasir ?

Le nasir ne peut faire que les actes d'administration ; tous les actes qu'il ferait au-delà de cette limite seraient nuls comme excédant ses pouvoirs (Clavel II, 35).

A notre avis, cette règle est très rigoureuse et pourrait dans bien des cas, non seulement nuire à l'intérêt du wakf, mais aussi entraîner sa perte. Aussi pour parer à cet inconvénient, l'on permet au nasir d'accomplir tous les actes quels qu'ils soient, même ceux dépassant la pure administration, pourvu qu'au préalable, il se fasse autoriser par le juge. L'on a expliqué cette tolérance en disant que le cadi était un homme censé et honnête à l'appréciation duquel on pouvait se fier ; de plus, il se trouve être le représentant des bénéficiaires futurs, de l'œuvre pie dernier dévolutaire et par conséquent peut prendre en cette qualité toutes les décisions qu'il croirait utiles à l'existence ou même aux simples intérêts du wakf.

Quels sont les actes que le nasir ne peut faire sans l'autorisation du cadi ?

Les actes que le nasir ne peut faire sans l'autorisation du cadi sont ceux qui dépassent la pure administration. Il nous serait assez difficile d'en donner

une énumération limitative, car ici encore, comme dans toutes les questions qui touchent au wakf, la coutume joue un rôle prépondérant ; aussi, nous bornerons-nous à citer quelques exemples.

Le nasir ne peut passer que les baux de courte durée. Quelle est la limite de cette courte durée ?

En Egypte, elle est de 3 ans.

« Le nasir d'un wakf ne peut consentir une location pour une durée de plus de trois ans, sans l'autorisation du cadî » (Arrêt de la Cour mixte d'Alexandrie, en date du 12 janvier 1905, B. L. J. XXIV, 125).

En Turquie l'on va jusqu'à 4 ans. Aux Indes l'on est plus tolérant et l'on permet au nasir de passer des baux de 5 ans et ce, sans autorisation préalable du cadî.

Tout acte dépassant la pure administration est nul à moins qu'il n'ait été autorisé par le juge. « Le contrat de Hècre, ayant pour effet de rendre celui qui a bâti ou planté sur les terrains wakfs, propriétaire des constructions élevées ou des plantations faites et créant ainsi un démembrement de propriété, est un acte de disposition qui ne peut être valablement constitué qu'avec autorisation du cadî compétent et en vertu d'un hoget légal » (Arrêt du 17 novembre 1892, B, I, J, V. 12).

« L'administrateur d'un wakf n'a pas le droit d'assumer des obligations engageant le wakf sans l'au-

torisation expresse du cadi ; les actes du nasir ne peuvent établir qu'un lien personnel entre lui et les tiers » (Arrès du 26 mars 1908, B. L. J. XX, 140).

Le nasir doit, en outre, veiller à la conservation du wakf. Il doit garder les biens à lui confiés dans leur propre état, c'est-à-dire, dans l'état où il les a trouvés au moment de son entrée en fonction. Il doit, par conséquent, pourvoir aux dépenses nécessaires et ne distribuer les revenus qu'après y avoir fait face ; sinon, il peut être contraint de les faire de ses propres deniers, sans préjudice de la destitution dont il est toujours passible.

Si le nasir est tenu de conserver les biens dans leur état primitif, la loi ne lui fait aucune obligation de les embellir. Si donc, le nasir aménage des jardins ou des fontaines sur le terrain wakf, sans aucune autorisation, de sa propre initiative, les bénéficiaires auront le droit, non seulement de les lui faire démolir et de le forcer à rétablir les lieux dans leur état primitif, mais aussi de lui demander compte des deniers dépensés, au cas où la dépense a été faite sur les revenus du wakf et de lui réclamer, en outre, des dommages et intérêts.

Le simple enduit de la Hombra au badigeon, lui est même interdit, au cas où l'immeuble n'était pas badigeonné lors de la constitution.

Que décider au cas où le nasir n'a pas entre les mains les sommes nécessaires pour les dites réparations ?

Lorsque le nasir n'a pas entre les mains les sommes nécessaires pour l'entretien des biens confiés à ses soins, il doit s'adresser au cadi et se faire autoriser à contracter un emprunt pour effectuer les réparations nécessaires. Bien entendu le cadi ne donnera son assentiment que si l'emprunt est indispensable pour le wakf.

Kadry Pacha dans son article 200, nous cite quelques cas où le nasir est autorisé à emprunter, sous réserve bien entendu de l'assentiment du juge.

1^o Si la maison constituée en wakf a besoin de réparations urgentes et indispensables, si le wakf n'a aucune rente qui permette de faire ces réparations et si l'on ne trouve personne qui consente à louer cette maison, même pour une longue période et à la réparer sur le loyer. Dans ce cas, l'administrateur peut, avec l'autorisation du juge, emprunter la somme strictement indispensable pour les réparations à exécuter.

2^o Lorsqu'il est nécessaire d'acheter des semences pour les terres du wakf, l'administrateur, s'il n'a aucun argent du wakf entre les mains, peut obtenir du juge l'autorisation de faire un emprunt dans ce but.

3^o Lorsque l'administrateur ne dispose d'aucun argent appartenant au wakf et s'il se trouve obligé de faire un paiement qu'il ne peut pas différer, tel que celui de l'impôt et dîmes des terres, il pourra emprunter avec l'autorisation du juge.

Troisième obligation. — Il doit percevoir les revenus et les distribuer aux bénéficiaires après avoir acquitté toutes les charges.

C'est à l'administrateur seul qu'il appartient de percevoir les revenus du wakf ; le bénéficiaire n'a pas ce droit, alors même qu'il serait le seul à en profiter.

Le nasir ne doit distribuer que les revenus échus, défalcation faite des frais d'administration et d'entretien. Il n'est pas obligé de les distribuer au fur et à mesure des encaissements, car les bénéficiaires n'acquièrent les dits revenus que jour par jour.

Cette règle a été édictée dans le but de protéger l'administrateur, qui dans certains cas, peut être obligé de payer deux fois. Le cas classique que l'on invoque est celui où l'un des bénéficiaires meurt après avoir encaissé d'avance les revenus d'une période déterminée. Ce paiement, en effet, n'est pas opposable aux bénéficiaires subséquents qui tiennent leur jouissance, non de leur prédécesseur, mais bien du fondateur lui-même et qui, par conséquent, se trouvent avoir droit aux revenus du jour de leur entrée en jouissance, c'est-à-dire du jour de la mort du précédent bénéficiaire.

Que décider au cas où le nasir distribue les revenus avant d'avoir payé les dettes du wakf ? Les créanciers ont-ils le droit de poursuivre les bénéficiaires ?

Les créanciers non payés ont un recours direct

contre le nasir, ils peuvent même le poursuivre et discuter ses biens et, en cas d'insolvabilité, ils peuvent se retourner contre les bénéficiaires, qui, bien que non coupables, ont reçu en paiement des sommes qui ne leur étaient pas dues.

Quatrième obligation. — Le nasir doit rendre compte de sa gestion.

Le nasir n'étant qu'un administrateur salarié doit rendre compte de sa gestion.

Kadry Pacha décide, à cet égard : « L'administrateur du wakf doit, toutes les fois que le juge l'estimera nécessaire, rendre compte des rentes qu'il a perçues pendant l'année, des dépenses qu'il a effectuées dans l'intérêt du wakf pour la réparation et l'entretien de ses immeubles ou pour le paiement des allocations dues aux bénéficiaires et des traitements des fonctionnaires du wakf ».

Les bénéficiaires du wakf ont le droit de demander au nasir, compte de sa gestion. Ce dernier doit, conformément au droit commun, leur rendre compte de l'état des recettes et des dépenses. En cas de contestation ou bien si le nasir se refuse à présenter ses livres ou ses registres, le cadi statue.

Nous avons dit, plus haut, que le nasir doit rendre compte, conformément au droit commun. On doit entendre par là qu'il doit produire les justifications nécessaires et faire, au besoin, entendre des témoins à l'appui de ses dires ; c'est du moins la

solution qui a fini par prévaloir. Il en fut autrement au début de l'Islam, où une situation spéciale était faite au nasir ; il était alors toujours cru sur parole et on l'assimilait au ouaci ou exécuteur testamentaire, lequel était considéré comme le continuateur même de la personne du défunt.

Que décider au cas où le nasir meurt après avoir encaissé les revenus du wakf, sans avoir rendu compte de sa gestion ?

Si le nasir meurt Moghilan, sans avoir rendu compte des revenus qu'il a encaissés, l'on distingue deux cas : 1^o Au cas où le de cujus laisse des registres sur lesquels sont portées les sommes encaissées, les héritiers devront répondre des dites sommes dans les limites de la succession. Dans le cas contraire, les héritiers n'en sont pas responsables.

2^o La situation est différente si, au lieu du revenu, il s'agit du prix de vente de l'immeuble wakf ; dans ce cas les héritiers sont responsables, bien entendu, dans les limites de la succession, que le de cujus laisse des registres ou non.

h) Du louage des biens wakfs. — Les biens wakfs ne peuvent être loués que par baux de courte durée. Cette solution résulte du caractère précaire du droit des bénéficiaires.

C'est à l'administrateur qu'appartient le droit de passer les baux et de toucher les loyers ; le bénéfi-

ciaire ne possède ce droit que si l'administrateur ou le juge le lui a accordé ou bien s'il est lui-même administrateur, nommé par le constituant.

L'administrateur qui loue les biens constitués en wakf, doit se conformer aux dispositions de l'acte de constitution. Si cet acte fixe la période pendant laquelle ces biens peuvent être loués, l'administrateur n'aura pas le droit de contrevenir à cette disposition.

Dans le cas où aucune personne ne désire prendre les biens en location pour la période fixée par le constituant et où la location pour une période plus longue est plus profitable au wakf et aux bénéficiaires, l'administrateur devra en référer au juge qui pourra l'autoriser à louer ce bien pour la période qui lui paraîtra convenable.

En principe, les maisons ne doivent pas être louées par baux de plus d'un an. Pour les terres, on peut aller jusqu'à trois ans. En fait, l'on s'en tient aux dispositions de la wakfieh et surtout à l'usage des lieux.

Dans son article 277, Kadry Pacha nous confirme le principe ci-dessus mentionné :

« A moins de nécessité absolue, les biens wakfs ne doivent pas être loués pour une longue période, même par des contrats successifs.

« Si l'un des biens tombe en ruines et qu'il n'y ait pas de rentes suffisantes pour le réparer, l'adminis-

trateur autorisé par le juge, peut le louer pour une période assez longue pour qu'il puisse être réparé. »

Quel est le sort des contrats successifs que l'administrateur aurait faits dans le but d'éluder les dispositions de la wakfieh ? D'après certains auteurs, ces contrats sont radicalement nuls, d'autres déclarent qu'ils sont simplement annulables, d'autres enfin valident le contrat pour la période légale et l'infirmement pour le surplus.

Il est inutile d'ajouter que dans ces différents cas, le nasir est, non seulement passible de destitution, mais aussi de dommages et intérêts.

Loyer des biens wakfs. — Le loyer doit être établi sur la base de la valeur locative des biens de la région. S'il est fait pour un prix dérisoire ou inférieur aux loyers coutumiers, le contrat est nul, alors même que le nasir se trouve être le seul bénéficiaire, car il peut mourir avant son expiration.

« L'administrateur, même s'il est le bénéficiaire du wakf, n'a pas le droit de louer les biens constitués en wakf à un prix inférieur aux quatre cinquièmes du prix auquel sont loués les biens semblables.

La lésion de plus du cinquième rend le contrat de location annulable. Elle entraîne pour le locataire l'obligation de payer la différence entre le loyer convenu et le loyer que l'immeuble devait rapporter, et ce, depuis la date de sa mise en possession » (Kadry Pacha, art. 278 et 279).

Que décider au cas où l'immeuble viendrait, par suite de circonstances étrangères au locataire, à augmenter de valeur, par exemple à la suite de l'aménagement d'une nouvelle route dans le voisinage. Le loyer doit-il être augmenté en conséquence ?

Deux opinions sont en présence : D'après la première, il y a lieu d'annuler le contrat et de le remplacer par un autre, en tenant compte du nouvel élément qui donne plus de valeur à l'immeuble.

La seconde solution, plus équitable en même temps que plus logique que la précédente, maintient le contrat au cas où le loyer a été convenablement fixé lors de la passation du bail. Cette solution, tout en étant juste, ne présente d'ailleurs pas un grand intérêt pratique, étant donné que les wakfs sont en général loués par baux de courte durée. Il serait, d'ailleurs, injuste de résilier un contrat régulièrement fait sous le fallacieux prétexte que l'immeuble a augmenté de valeur. Pareille mesure gênerait énormément les transactions et jetterait le discrédit sur le wakf.

Paiement du loyer. — Nous avons eu l'occasion d'étudier incidemment cette question dans le courant de notre ouvrage ; aussi, croyons-nous inutile d'y consacrer de longs développements. Nous rappellerons simplement que c'est au nasir qu'appartient le droit de percevoir les loyers ; les bénéficiaires ne peuvent le faire sans son autorisation, alors même qu'ils seraient seuls à en bénéficier. Le nasir doit, en

effet, pourvoir à l'entretien du wakf et faire face à toutes les charges de la wakfieh et ne distribuer des revenus qu'après avoir soldé toutes ces dépenses ; sinon il peut être obligé de les supporter sur sa propre fortune.

Le nasir qui a encaissé d'avance les loyers n'est pas non plus obligé de les distribuer immédiatement aux ayants droit, car ceux-ci n'acquièrent les revenus que jour par jour et ne peuvent, par conséquent, exiger aucun paiement à l'avance.

Les bénéficiaires peuvent-ils prendre à bail les biens dont ils ont la jouissance ?

Le droit des bénéficiaires ne porte que sur les revenus et non sur l'immeuble objet du wakf. Ils ne peuvent donc, sans contrat régulier passé avec l'administrateur des dits biens, prendre à bail des immeubles sur lesquels ils n'ont qu'un simple droit de jouissance.

Cette règle est applicable, alors même que les bénéficiaires ou le bénéficiaire, s'il n'y en a qu'un seul, se trouvent être administrateurs des dits biens ; dans ce cas, le bail doit être autorisé par le cadî. Les bénéficiaires ne peuvent pas, non plus, donner à bail l'immeuble sur lequel ils ont un droit d'habitation, car ce droit leur est purement personnel.

Constructions élevées par le locataire sur le sol wakf. — Le locataire doit jouir des biens, objets de son bail, dans l'état où ils se trouvent ; il ne peut,

sans autorisation, élever de nouvelles constructions ou transformer celles déjà existantes.

Le locataire qui, sans l'autorisation de l'administrateur, a élevé des constructions ou planté des arbres sur la terre du wakf devra, à l'expiration du terme fixé dans son contrat, démolir ces constructions ou enlever ces arbres, s'il n'en résulte aucun préjudice pour la terre. Dans le cas contraire, il devra attendre que les constructions et les arbres tombent d'eux-mêmes ; il pourra alors en enlever les matériaux et les bois. L'administrateur a aussi le droit d'acquérir pour le wakf, malgré le locataire, les constructions et les arbres. Il calculera leur valeur sur place, ainsi que la valeur de leurs matériaux et payera la moindre de ces deux valeurs (Rad el Mehtar, page 593).

Il en est autrement lorsque le locataire a construit ou planté du consentement de l'administrateur. Dans ce cas, il pourra, à l'expiration du terme pour lequel la location est faite, renouveler son contrat s'il consent à payer un juste loyer. Il sera même, dans ce cas, préféré à toute autre personne.

S'il refuse de payer un juste loyer et si l'enlèvement des constructions et des arbres porte préjudice à la terre, l'administrateur aura le droit ou d'acquérir, malgré le locataire, ces constructions et ces arbres, en lui payant la valeur calculée comme s'ils devaient être démolis ou enlevés, ou bien de les laisser en place jusqu'au jour où ils tomberont d'eux-mêmes.

Dans ce dernier cas, le locataire aura le droit d'enlever les matériaux et les bois (Kadry Pacha, art. 285).

Avant d'en terminer avec ce chapitre, nous dirons quelques mots des contrats de quasi-aliénation en droit musulman, à cause de leur ressemblance avec le contrat de louage qui nous occupe.

i) **Les contrats de quasi-aliénation.** — Il arrive parfois que les wakfs sont dans un état tel qu'on ne peut en tirer profit d'aucune façon, le nasir ne trouvant pas à emprunter pour réparer l'immeuble et personne ne voulant lui faire des avances faute de garantie, ni prendre les biens à bail pour une durée ne permettant pas de récupérer les dépenses engagées. Il a donc fallu imaginer un moyen qui concilie les deux intérêts en présence et qui permette à la fois au wakf de tirer profit de ses biens et aux tiers de bénéficier des dépenses par eux faites. L'on a eu recours alors à ce qu'on a appelé les contrats de quasi-aliénation.

Le wakf conserve le domaine éminent et concède le domaine utile moyennant une redevance appelée canon.

On distingue trois sortes de contrats de quasi-aliénation

1^o le hère ; 2^o l'igaratein ; 3^o le houloul el entifaa.

1^o. — *Le hère.* — Définition: le hère est un contrat sui generis, qui tient de la vente et de la loca-

tion et par lequel un wakf se dépouille, soit à perpétuité soit pour un long laps de temps, en général 90 ans, du domaine utile, n'en conservant que le domaine éminent, moyennant une redevance annuelle appelée canon. Cette redevance est variable et est toujours basée sur la valeur locative des terrains de la localité.

Si donc, nous dit Kadry Pacha, une augmentation considérable se produit sur les loyers des immeubles voisins du terrain donné en hêcre, le preneur devra subir une augmentation de loyer ; il en est ainsi dans le cas où la plus value des terrains voisins n'est pas causée par les constructions élevées par les preneurs, mais bien par une circonstance indépendante, comme par exemple la vogue acquise par le quartier où ces immeubles se trouvent.

Droit du preneur. — Outre la jouissance qui lui est reconnue, le preneur peut édifier sur le terrain des constructions et faire des plantations qui demeurent sa propriété et qu'il peut transmettre à des tiers, sans que le dominus ait à intervenir.

Le droit du preneur est un jus in rem, c'est un véritable droit de propriété sur les plantations et constructions avec le droit de les aliéner et de les transmettre, droit dont il ne peut être évincé que par le non-paiement du canon durant trois années consécutives.

Nature de ce contrat. — L'hêcre est un contrat sui

generis qui tient, comme nous l'avons dit, du louage et de la vente. Ce contrat tient de la vente en ce que le preneur acquiert un droit de propriété sur les constructions et plantations qu'il élève sur le sol. Il tient du louage en ce que le bailleur conserve le domaine éminent et ne transmet au preneur que le domaine utile.

Droit du dominus. — Le dominus ne peut contraindre le preneur à faire des constructions, améliorations ou plantations ; il n'a droit qu'à la redevance annuelle avec une espérance de résiliation du contrat en cas de non paiement du canon pendant trois années consécutives. En vertu de ce droit, il peut exiger qu'il ne soit apporté aucun changement à la nature du fonds.

Passation du contrat. — Le contrat, qui est en somme une quasi-aliénation, ne saurait être autorisé que s'il est le seul moyen de tirer profit du wakf.

Le nasir, simple administrateur, ne peut de sa propre autorité, passer un contrat de ce genre. Le cadi, lui-même, ne peut autoriser le nasir à passer pareil contrat, qu'après l'adhésion du dévolutaire définitif. S'il en était autrement, le cadi aliénerait sans emploi, chose qui lui est interdite et l'œuvre pie, dernière dévolutaire, sur la tête de laquelle doivent se consolider le domaine éminent et le domaine utile se trouverait privée, sans son consentement, d'une partie de ce droit. Si donc un contrat de ce genre est consenti sans les formalités sus-énoncées, il est

nul, alors même que le nasir l'aurait régulièrement passé avec l'autorisation du cadi. L'œuvre pie, dont le consentement n'a pas été donné, peut considérer cet acte comme *res inter alios acta*.

Le contrat doit, en outre, être établi dans la forme authentique et transcrit sur les registres de la *Meh-kemet*.

Origine du hêcre. — L'origine de ce contrat est très confuse ; il semble toutefois avoir été emprunté au droit romain. Il a été copié sur l'emphythéose dont il présente toutes les caractéristiques : bail à long terme, droit de propriété du tenancier sur les constructions et plantations, obligation du bailleur de conserver la chose dans son état primitif, de n'accomplir aucun acte qui puisse déprécier le fonds, enfin paiement par le tenancier d'une redevance.

Bien que présentant les mêmes caractères que l'emphythéose, l'hêcre en diffère cependant sur les points suivants :

1^o Alors que la redevance dans le hêcre est variable, elle est stipulée d'une manière fixe dans l'emphythéose. A notre avis, cette différence n'est qu'apparente, car l'emphythéose est un contrat consensuel et rien n'empêche les parties de stipuler la variabilité du canon.

2^o Dans l'emphythéose, le tenancier qui veut vendre son droit, doit demander l'autorisation au dominus, qui a un droit de préemption.

3^o A l'encontre du hêcre, lors de la vente du droit d'emphytéose, le dominus a droit à une partie du prix, fixée environ au cinquième du prix de vente et qu'on appelle *laudemium*.

Le canon. — Le canon ou redevance annuelle est essentiellement variable, le cadi ne peut stipuler une clause contraire. Cette redevance est basée sur la valeur locative des terrains de la localité, abstraction faite des constructions et plantations que ferait le preneur ; de là le grand intérêt des parties à dresser procès-verbal de l'état des lieux, lors de la passation du contrat. Si donc la valeur locative augmente, le tenancier subit l'augmentation ; par contre, si la valeur des terrains baisse, le tenancier peut s'adresser au magistrat et demander un dégrèvement qui ne peut lui être refusé.

Durée du bail. — L'hêcre est, en général, fait pour 90 ans. Au cas où le délai de location n'a pas été fixé d'avance, le contrat est perpétuel. Bien que perpétuel, ce contrat est résoluble toutes les fois que le preneur ne paie pas le canon durant trois années consécutives ; dans ce cas aucune mise en demeure n'est nécessaire, la résolution ayant lieu de plein droit de par l'autorité de la loi.

Prescription. — Le preneur peut-il prescrire ?

On enseigne parfois que le preneur étant un détenteur précaire, ne peut prescrire. Il ne peut donc, par ce moyen, si longue que soit sa possession, acquérir le

bien en question. Cette solution, à notre avis, est erronée, car elle ne tient pas compte d'un fait important : la résolution du contrat par le non paiement du canon pendant trois années consécutives. Dans ce cas, le tenancier, s'il continue à jouir de l'immeuble, ne le fait plus en vertu de son contrat de hêcre, puisque ce dernier est annulé, mais bien en tant que simple possesseur et, à ce titre, il peut prescrire, si à dater de l'expiration de la troisième année, sa possession se prolonge pendant 33 ans.

2° *L'igaratein*. — L'igaratein est un contrat par lequel le wakf donne à un tiers un immeuble en bon état, moyennant une somme fixée à forfait et une redevance annuelle variable. Comme l'hêcre, l'igaratein transfère au tenancier le domaine utile, soit à perpétuité, soit pour un long laps de temps et ne conserve que le domaine éminent.

Ce contrat s'applique aux immeubles en bon état, alors que la raison déterminante dans l'hêcre réside dans les constructions ou les améliorations à apporter au sol.

Dans l'igaratein, le preneur ne peut apporter aucun changement à l'immeuble, alors même que ces changements constitueraient des améliorations. Il jouit des biens dans leur état propre.

A l'encontre de l'hêcre, la redevance est double : un prix fixé d'avance et une redevance annuelle variable.

Du moment que l'immeuble est en bon état, quelle est donc la raison déterminante de pareil contrat ? En général, l'on n'a recours à ce genre de contrat que lorsque la jouissance, bien que s'appliquant à un immeuble en bon état, est incommode ou en disproportion avec les charges que le wakf doit supporter.

Ajoutons que, comme le hêcre, l'igaratein est un contrat de longue durée et qu'il est perpétuel au cas où sa durée n'a pas été stipulée dans le contrat.

3^o *Le houloul el antifaa*. — C'est un contrat par lequel un wakf donne à un tiers une possession transmissible sur un immeuble, à charge par lui de le réparer et de l'améliorer, moyennant une redevance annuelle fixe ou variable. Ce contrat s'applique aux constructions aussi bien qu'aux terrains sur lesquels il y a des réparations à faire. Le propre de ce contrat est de ne pas comporter la création de choses nouvelles, mais seulement la réparation de celles existantes.

Comment différencier ce contrat d'avec les précédents ?

Alors que l'hêcre et l'igaratein ne sont pas résiliables, le houloul el antifaa peut être annulé par le wakf à charge par lui de rembourser au preneur les plus values résultant des constructions ou réparations qu'il a faites.

Bien que le droit du tenancier soit précaire et que le wakf conserve toujours le droit de rentrer en

possession de l'immeuble, le houloul el antifaa ne constitue pas moins un contrat à long terme et ne peut par conséquent être fait qu'avec l'autorisation du magistrat ; de plus, pour que ce contrat soit valable, il est de principe que l'œuvre pie approuve le contrat.

CHAPITRE V

EXTINCTION DU WAKF

Comme nous l'avons vu, un des caractères essentiels du wakf est la perpétuité. L'immobilisation doit être faite à titre perpétuel, le wakf temporaire n'ayant été reconnu qu'exceptionnellement et pour faire face à des nécessités également temporaires.

Bien qu'on ne puisse établir un wakf à titre temporaire, l'immobilisation peut prendre fin de plusieurs façons. Nous n'indiquerons que les principales :

1° *La disparition du but auquel était affecté le wakf*, dans le cas, par exemple, où un bien est immobilisé au profit des aveugles d'une commune et où il n'existe plus d'aveugles dans la commune. Dans cette hypothèse, le but du wakf disparaissant, l'immobilisation devient caduque et le bien retombe dans le patrimoine du constituant ou est partagé entre ses héritiers suivant la loi successorale coranique.

2° *La perte totale de l'immeuble*. — Dans ce cas, le but disparaît en même temps que l'objet qui lui était affecté.

Que décider au cas où la disparition n'est que partielle et où l'immeuble peut toujours, soit être affecté au même but, soit être revendu et le prix en être employé à l'achat d'un immeuble de même nature ? De l'avis de tous les auteurs, le wakf subsiste ; toutefois, ajoute Ibn Abdin, si l'immeuble ne peut être utilisé pour le but auquel il était affecté, ou si le prix provenant de la vente du dit immeuble ne peut être employé à l'achat d'un immeuble de même nature, le bien redevient mulk et est attribué aux héritiers du constituant.

3^o *L'apostasie du constituant.* — Comme nous l'avons déjà vu, l'apostat est hors la loi. Il est considéré comme indigne et ne peut faire une courba, une œuvre générale à Dieu ; de plus, celles qu'il a antérieurement faites [sont caduques, alors même qu'il redeviendrait plus tard à l'Islamisme.

ANNEXE

Le habous subsiste-t-il en Algérie depuis la loi de 1873 ?

La loi de 1873 est ainsi conçue :

« La propriété en Algérie est réglée par la loi française; en conséquence sont abolis tous droits réels, servitudes, causes de résolution fondés sur le droit musulman, qui seraient contraires au droit français.

La loi ajoute aussitôt après : « Il n'est pas dérogé au statut personnel ni aux règles des successions des indigènes entre eux ».

Toute la question se réduit donc à rechercher si le habous fait partie du statut personnel et successoral ou du statut réel immobilier. La loi abolissant tous droits réels, servitudes et causes de résolutions basés sur le droit musulman est incompatible avec le droit français qui régira désormais la propriété et qui maintient tout ce qui a trait au statut personnel ou successoral.

Le wakf appartient-il au statut personnel ou successoral ou bien fait-il partie du statut réel immobilier ?

Comme nous l'avons déjà vu dans le courant de

notre ouvrage, cette question, comme tout ce qui a trait à la matière, a donné lieu à de nombreuses controverses et, vu son importance, a soulevé d'interminables discussions.

La jurisprudence présente à ce sujet les décisions les plus contradictoires. Pour nous, nous n'hésitons pas un instant et, sans nous attarder à commenter les opinions et décisions émises à ce sujet, nous nous rallions au système le plus logique, qui a fini par trouver faveur auprès de la jurisprudence égyptienne et qui consiste à faire dépendre l'institution du statut réel immobilier. Voici les raisons qui militent en faveur de l'opinion que nous soutenons :

1^o Le wakf n'a trait ni à l'état ni à la capacité des personnes. Il ne fait pas, non plus, partie du statut successoral, dont il est la négation même, puisqu'il permet au constituant de se dépouiller au profit de personnes autres que ses héritiers, sans que ceux-ci puissent s'y opposer ou faire tomber l'acte qui leur est préjudiciable.

2^o Tout le statut personnel et successoral se trouve réglementé par le Coran et la Sonna.

Le wakf a été réglementé de toutes pièces par les Imams et les jurisconsultes, qui, ne se trouvant pas en face de règles posées par le Coran, réglementèrent cette institution, chacun à sa façon, suivant les nécessités du moment, en faisant parfois passer les raisons d'utilité avant les principes eux-mêmes.

3° Le statut personnel et successoral est immuable comme Dieu lui-même, duquel il émane. On ne peut y toucher sous peine d'hérésie.

Le wakf au contraire offre les plus grandes divergences, non seulement sur la question de réglementation, mais aussi sur le fonds même de l'institution; si bien qu'on se demande parfois si, à la suite de ces modifications, le wakf subsiste toujours.

4° Le droit héréditaire ne commence, chez les Musulmans, qu'à la mort du de cujus, à l'encontre du droit français où l'existence de certaines personnes lie le cujus de son vivant. Il ne peut disposer de son vivant que d'une partie de son patrimoine, tandis que chez les musulmans, il est entièrement libre, aucune disposition ne limitant cette faculté.

Le wakf ne crée pas un droit successoral nouveau, il permet au constituant, comme la donation du droit commun, de soustraire ses biens aux dispositions du statut successoral, de sorte qu'à sa mort, les biens immobilisés ne font plus partie de son patrimoine. Il n'est fait exception que pour le wakf constitué en état de dernière maladie, qui est considéré comme une disposition mortis causa.

5° Lorsqu'il s'agit d'une institution ressortissant du statut personnel ou successoral, chacun doit suivre son rite. Il en est autrement en ce qui concerne le wakf, où le constituant peut choisir le rite qu'il désire, même celui qui lui est étranger.

6° En matière de wakf, la volonté du constituant fait loi, elle est scrupuleusement observée. Il n'en est pas de même pour le testament, où le disposant est lié par les dispositions du statut successoral.

Le wakf dépendant donc du statut réel, se trouvait aboli par la loi de 1873. Chose curieuse, le wakf continua à subsister. En vertu de quel principe ? Considère-t-on en Algérie le wakf comme faisant partie du statut personnel ou successoral ? C'est peu probable, car à côté des arrêts formulant ce principe, il en existe d'autres qui déclarent et formulent nettement que le wakf fait partie du statut réel.

Malgré ces controverses, la subsistance du habous algérien est un fait devant lequel nous devons nous incliner.

Vu et approuvé :
Le Président de la thèse,
ROLLAND.

Vu :
Le Doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur
de l'Académie de Paris,
P. LAPIE.

TABLE DES MATIÈRES

LE RÉGIME DU WAKF EN EGYPTE

PRÉFACE	1
INTRODUCTION	5

CHAPITRE PREMIER

A) <i>Définition</i> : Etymologie du mot wakf. Définition rapportée par Taraboulsy, [Kadry Pacha, Clavel. — Définition adoptée dans le courant de l'ouvrage.....	9
B) <i>Origine du wakf</i> : Incertitude sur ce point. — Théorie de M. Morand. — Théorie de M. Clavel.....	13
C) <i>Réglementation du wakf</i> : Mahomet et ses disciples	15
D) <i>Causes du développement du wakf</i> :	16
1° Facilités données au constituant par les disciples de Mahomet	
2° Le désir de mettre ses biens à l'abri des spoliations des souverains.....	
3° Le wakf fournit le moyen d'éluder la loi successorale établie par le Prophète.....	
E) <i>Modifications apportées à la réglementation du wakf</i> : En Egypte : Décret du 5 Moharem 1258 sous Mehemet Aly. — En Algérie : Ordonnances de 1844, 1858 et loi du 26 juillet 1873.....	19

F) <i>Classification :</i>	
1 ^o En wakf adi ou coutumier et en wakf haïri ou de bien-faisance	24
2 ^o Wakf de meubles et wakf d'immeubles.....	25
3 ^o Wakf temporaire et wakf définitif	26
G) <i>Qui est le propriétaire de la chose wakf :</i>	
1 ^{re} Théorie. — Le droit de propriété s'éteint de par la constitution	27
2 ^e Théorie. — Le droit de propriété appartient au constituant	29
3 ^e Théorie. — Le droit de propriété appartient à l'œuvre pie, dernier dévolutaire.....	31
H) <i>Comparaison du wakf avec quelques contrats du droit musulman :</i>	33
a) Le wakf et le testament.....	
b) Le wakf et le prêt	
c) Le wakf et la donation.....	
I) <i>Le wakf fait-il partie du statut réel ou du statut personnel et successoral ?</i>	36
1 ^e Théorie. — Le wakf fait partie du statut personnel et successoral	
2 ^e Théorie. — Le wakf fait partie du statut réel.....	

CHAPITRE II

CONSTITUTION DU WAKF

Historique.....	47
I. <i>Conditions de forme :</i> Doit-il être constitué oralement ou par écrit ? — Constitution d'un wakf en Egypte. — Le seul mode admis est la constitution par écrit.....	48
1 ^o Procédure avant le décret khédivial du 6 Zilhegga 1283	52
2 ^o Décret du 6 Zilhegga 1283.....	54
3 ^o Règlement sur les mehkémets en date du 17 juin 1880.	59
4 ^o Décret sur la réorganisation du Mahkama en date du 17 mai 1897	60

II. *Conditions de fonds :*

- a) Conditions de fonds relatives à la personne même du constituant 62
- 1^o l'esclave, le modabar, om walad ; 2^o le mineur ; 3^o le furiosus ; 4^o l'ivrogne ; 5^o le prodigue ; 6^o l'interdit pour dettes ; 7^o la femme au pouvoir de son mari ; 8^o 8^o l'apostat ; 9^o le zoumi ou étranger au pays ; 10^o wakf constitué pendant la dernière maladie ; 11^o wakfs constitués par les souverains et les princes..

- b) Conditions de fonds relatives à la chose habousée.
- Quels immeubles peut-on constituer en wakf ? Que désigne-t-on en droit musulman sous le nom d'immeubles ? — L'état d'indivision. — Le wakf des biens à venir et celui des biens frappés d'un droit réel de gage ou d'hypothèque. — Le wakf des meubles..... 72

III. *La perpétuité* 79

- IV. *Le but pieux :* Le but pieux doit être expressément stipulé. — Le but pieux doit être considéré comme tel par la religion musulmane et par la religion du constituant. — Qu'entend-on par œuvre pie ? — Les wakfs algériens au profit des villes Saintes de La Mecque et de Médine..... 80

V. *Le Constituant du wakf :*

- a) Pouvoir du constituant. — Sa volonté fait loi, mais il ne peut aller à l'encontre des règles fondamentales qui régissent la matière..... 84
- b) Interprétation des clauses de la wakfieh. C'est aux tribunaux qu'appartient le droit d'interpréter les dites clauses 86
- c) Le constituant peut-il se désigner comme premier bénéficiaire ?..... 88
- d) Les 10 conditions : 89
- 1^{re} et 2^e conditions : Al Ziada et al Noksan.....
- 3^e et 4^e conditions : Al Idkhal et al Ikhrag.....
- 5^e et 6^e conditions : Al Iasa et al Hermane.....
- 7^e et 8^e conditions : Al Tafdil et al Takhsis.....
- 9^e et 10^e conditions : Al Tabdil et al Istebdal.....

CHAPITRE III

LES BÉNÉFICIAIRES DU WAKF

Historique	94
a) <i>Au profit de qui le wakf peut être constitué</i>	96
b) <i>Acceptation du wakf</i>	97
c) <i>Wakfs particuliers</i>	98
1° Le wakf au profit des Haraméines	
2° Le wakf au profit des vertueux parmi les parents pauvres du constituant et au profit des indigents par- mi eux	
3° Le wakf au profit des pauvres parmi les voisins	
4° Le wakf au profit des orphelins, des veuves et des vierges	
d) <i>Peut-on exclure ses enfants, garçons ou filles, de la dévolu- tion ?</i>	104
e) <i>Nature et étendue des droits des bénéficiaires</i>	105
1° Droit du nu-propriétaire	105
2° Droit des bénéficiaires. — Le droit des bénéficiaires est-il un droit réel ou personnel ? — Le droit des béné- ficiaires est un jus in rem. — Comment les bénéficiaires acquièrent-ils les revenus du wakf ?	106
f) <i>Que décide-t-on lorsque la constitution porte sur des maisons ?</i>	109
g) <i>Le droit des bénéficiaires est-il cessible et saisissable ?</i>	110
h) <i>Comment prend fin le droit des bénéficiaires ?</i>	111

CHAPITRE IV

ADMINISTRATION DU WAKF

a) <i>Le Nasir ou administrateur</i> : Conditions que doit remplir le nasir	113
b) <i>Nomination du nasir</i> : Nasir nommé par le constituant ou son exécuteur testamentaire. — Qu'advient-il au cas où le nasir n'a pas été nommé par le constituant ou son exéc- uteur testamentaire ?	115

Que décider au cas où le constituant a stipulé que son wakf serait administré par le plus capable des bénéficiaires ou de ses plus proches parents ? — Administrateur nommé par le juge. — Au cas où le juge meurt, l'administrateur par lui nommé restera-t-il en fonction ? — Quelles règles devra suivre le juge quant au choix de l'administrateur ?	118
c) <i>Du mandat et de la transmission des pouvoirs de l'administrateur</i> : Le nasir qui peut administrer par un mandataire, peut-il nommer un autre administrateur de son vivant ou après sa mort ?	121
L'administrateur peut-il se désister de son droit au profit d'un tiers ? — Que décider au cas où l'administrateur reconnaît à une tierce personne le droit d'administrer.	122
d) <i>Révocation du Nasir</i>	124
e) <i>Salaire du Nasir</i> : Que se produit-il dans l'hypothèse où, à la suite d'une incapacité quelconque, le nasir vient à ne plus pouvoir remplir sa fonction ?	125
f) <i>Pouvoirs du Nasir</i> : Le nasir peut-il emprunter, sans l'autorisation du cadi ? — L'emprunt fait après autorisation préalable du cadi peut-il être stipulé avec intérêt ? Qui est-ce qui représente le wakf en justice en cas de procès ? . .	127
g) <i>Obligations du nasir</i> :	
1 ^e obligation. — Le nasir doit exécuter fidèlement la volonté du constituant.	130
2 ^e obligation. — Il doit administrer les biens confiés à ses soins et veiller à leur conservation.	130
3 ^e obligation. — Il doit percevoir les revenus et les distribuer aux bénéficiaires après avoir acquitté toutes les charges.	135
4 ^e obligation. — Il doit rendre compte de sa gestion. .	136
h) <i>Du louage des biens wakfs</i> : Les biens wakfs ne peuvent être loués que par baux de courte durée.	137
Loyer des biens wakfs.	139
Païement du loyer.	140
Les bénéficiaires peuvent-ils prendre à bail les biens dont ils ont la jouissance. — Constructions élevées par le locataire sur le sol wakf.	141

i) <i>Les contrats de quasi-aliénation :</i>	
1 ^o Le hère	143
2 ^o L'igaratein	148
3 ^o Le houloul-el-artifaa	149

CHAPITRE V

L'EXTINCTION DU WAKF	151
<i>Annexe. — Le habous subsiste-t-il en Algérie depuis la loi de 1878 ?</i>	153

BIBLIOGRAPHIE

1. — Ibn Abdin (El Isaaf).
2. — Bourban-el-Din-el-Taraboulsy (Eloukoud-el-Dou-rich-fi-Tankih-el-Fataoui-el-Mahdieh).
3. — Clot Bey (Description de l'Egypte).
4. — Morand (Etudes de droit musulman algérien).
5. — Mercier (Le habous ou oukouf).
6. — Worms (Journal asiatique).
7. — Clavel (Le wakf ou habous).
8. — Cheik Zeid (Mabales el wakf).
9. — Aziz Bey Khanky (Le wakf).
10. — Cheik Zofar (Le wakf).
11. — Kadry Pachat (le codé du wakf).
12. — Adda et Gahounghy (Les wakfs d'après Ibn Abdin et Bourban-el-Din-el-Taraboulsy).

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE R. BUSSIÈRE.
